

LES PARTS SOCIALES sous le Régime de la Communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Paris

Le Jeudi 7 Novembre 1929, à 14 heures

PAR

GABRIEL REDAUD

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. HÉMARD, Professeur.
LEVY-ULLMANN, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1929

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES PARTS SOCIALES

sous le Régime de la Communauté

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de Paris

Le Jeudi 7 Novembre 1929, à 14 heures

PAR

GABRIEL REDAUD

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. HÉMARD, Professeur.
 ' LÉVY-ULLMANN, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

SOCIÉTÉ ANONYME

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1929



UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT

THÈSES DE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.**

LES PARTS SOCIALES

SOUS LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

INTRODUCTION

Un des traits saillants de l'évolution économique depuis la promulgation du Code Civil, c'est le développement des sociétés de gains. Il constitue la principale manifestation de ce phénomène bien connu : la concentration de la production. Nous ne le signalons que pour en retenir cette conséquence : la place de plus en plus importante prise par les parts sociales dans la composition des patrimoines des particuliers. La diffusion des sociétés de capitaux, notamment, a répandu ces titres d'associé que sont les actions. Il est donc très fréquent qu'un époux ou même que les deux époux possèdent, lors du mariage, des parts sociales ou qu'ils en acquièrent au cours du mariage. Nous supposons qu'ils se marient ou se sont mariés sous un régime de communauté. On sait qu'un tel régime, la communauté universelle exceptée, se caractérise par la mise en commun de certains biens, les autres demeurant propres. Quel sort va-t-il faire aux parts sociales ? Seront-elles susceptibles d'entrer dans la masse commune ? Leur nature particulière, ou du moins la nature particulière de certaines d'entre elles, ne s'y opposera-t-elle pas ? Sinon, dans quels cas deviendront-elles communes ? Dans quels cas resteront-elles propres ? Ces diverses questions sont brièvement traitées d'ordinaire. Il nous a paru intéressant de les examiner d'une manière plus approfondie.

Le chapitre du Code Civil relatif au régime en communauté ne contient aucune disposition spéciale aux parts

sociales. Il y a donc lieu de leur appliquer les règles générales concernant la composition respective de l'actif commun et de l'actif propre. Nous aurons à étudier le statut des parts sociales à cet effet. Nous préciserons ainsi quelques-unes des relations du droit des sociétés avec le droit de la communauté. Le droit des sociétés, longtemps stagnant, a considérablement évolué, depuis un siècle, sous l'impulsion des faits. Le législateur a dû intervenir ; mais il n'a pu que suivre d'assez loin les besoins et les créations de la pratique. Aussi les uns et les autres ont-ils donné naissance à de nombreuses théories juridiques. Nous aurons à en examiner quelques-unes. Pour régler la situation des parts sociales sous le régime de la communauté, il n'y a pas, en effet, qu'à aller prendre dans le droit des sociétés des solutions toutes prêtes. Il faut savoir les adapter. Pour cela il importe de connaître les motifs sur lesquels elles reposent et qui en fixent la portée, et, s'il existe plusieurs systèmes aboutissant à des conséquences différentes quant au point considéré, il est nécessaire de les discuter et de choisir. Envisager et apprécier certaines théories du droit des sociétés au point de vue du droit de la communauté, les combiner avec ce droit, tel est, en un mot, l'objet de notre travail.

Nous nous tiendrons strictement sur le terrain de l'interprétation. Peut-être certaines dispositions du Code Civil (notamment en matière de communauté légale), fondées sur des idées qui ne correspondent plus à l'état économique actuel, nous conduiront-elles, relativement aux parts sociales, à des conclusions sujettes à critiques. Ces critiques rentrent dans le domaine législatif ; nous ne nous y arrêterons pas.

Nous ne pourrions étudier, d'ailleurs, tous les rapports susceptibles de s'établir entre le droit des sociétés et le droit de la communauté. Nous ne traiterons que de l'application aux parts sociales des règles concernant la composition respective de l'actif commun et de l'actif propre, laissant de côté l'application des règles concernant l'administration de la communauté, le passif commun et le passif propre. C'est dire que seuls appelleront notre attention les droits pécuniaires attachés au titre d'associé, à l'exclusion des droits intellectuels : droit de participer à la gestion et au contrôle des affaires sociales. Le caractère commun ou propre de la part sociale est le premier point à établir pour déterminer sa condition au cours de la communauté, son rôle dans la liqui-

dation qui suivra la dissolution de la communauté. Nous voudrions, notamment, que les résultats de notre travail fournissent, en ce qui concerne les parts sociales, les principaux éléments nécessaires pour dresser cette liquidation.

Notre étude sera limitée au régime de la communauté légale et à celui de la communauté réduite aux acquêts, le plus fréquent des régimes de communauté conventionnelle, mais elle embrassera les parts de toutes les sociétés de gains, suivant la définition de l'article 1832 du Code Civil, et qui seront valablement constituées : sociétés civiles et sociétés commerciales, sociétés de personnes et sociétés de capitaux. Elle comportera donc deux parties :

1^{re} partie. De l'application aux parts sociales des règles concernant la composition respective de l'actif commun et de l'actif propre sous le régime de la communauté légale.

2^e partie. De l'application aux parts sociales de ces mêmes règles sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

Ces deux parties seront précédées d'une question préliminaire se posant à la fois pour la communauté légale et la communauté réduite aux acquêts : le caractère incessible ou personnel de certaines parts sociales n'est-il pas un obstacle à leur mise en communauté ?

QUESTION PRÉLIMINAIRE

Le caractère incessible ou personnel de certaines parts sociales est-il un obstacle à leur entrée en communauté ?

1. Les parts sociales se divisent en deux grandes catégories : les intérêts et les actions. On a beaucoup discuté la question de savoir quels étaient les caractères distinctifs de l'action et de l'intérêt. Considérant que l'intérêt est la part dans une société de personnes, c'est-à-dire une société formée *intuitu personae*, reposant sur la confiance mutuelle des associés, telle que la société civile, la société en nom collectif, la société en commandite simple, et que l'action est la part dans une société de capitaux, c'est-à-dire une société où la personnalité des associés est indifférente, telle que la société anonyme et la société en commandite par actions, on admet généralement aujourd'hui que l'action se caractérise principalement par sa cessibilité et l'intérêt par son incessibilité sans le consentement des associés du cédant (art. 1861 C. Civ.)¹. Toutefois, la cessibilité ne sera pas prise comme criterium absolu et exclusif, car il est permis d'apporter certaines restrictions à la transmissibilité de l'action à la condition de ne pas la supprimer complètement en conférant aux autres associés le pouvoir discrétionnaire de s'opposer à toute cession² ; il est permis également de déroger à l'article 1861 C. Civ., en autorisant la cession de l'intérêt sinon sans limitation ni réserve, du moins à certaines personnes déterminées ou sous des restrictions analogues à celles que la cessibilité de l'action

1. BATBIE, *Rev. Crit.* 1869, t. XXXIV, p. 328 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 520 ; THALLER, n° 612 ; ARTHUYS, n° 203 ; WAHL, *Précis*, n° 486.

2. HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 464.

peut comporter¹. Il y aura donc des cas où la distinction de l'action et de l'intérêt sera difficile. Il faudra rechercher alors l'intention des parties. Ont-elles envisagé sa cession, quelles qu'en soient les conditions, comme un acte normal, susceptible d'être réalisé couramment, la part sociale est une action ; l'ont-elles envisagée comme un acte exceptionnel, ou devant rarement se produire, la part sociale est un intérêt. Cette pensée des parties, on s'efforcera de la dégager de l'économie générale de la société. La délivrance de titres distincts, l'égalité de leur montant nominal, leur négociabilité, l'appel au public pour l'émission, le grand nombre des associés, la limitation de leur responsabilité seront ordinairement des indices d'une société par actions².

Quant aux parts dans les sociétés à responsabilité limitée (Loi du 7 mars 1925), elles paraissent former un type intermédiaire entre les intérêts et les actions³. Elles ne sont cessibles à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social (art. 22, l. 7 mars 1925) ; elles ne sont pas négociables (art. 21 et 23 même loi) ; leur cession doit être constatée par acte notarié ou sous-seing privé et n'est opposable à la société et aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités de l'article 1690 C. Civ.

2. L'incessibilité ou la restriction de la cessibilité de la part sociale — intérêt ou action — ne va-t-elle pas constituer un obstacle ou une entrave à sa mise en communauté ? La mise en communauté est, en effet, généralement considérée comme une cession tacite, qu'elle résulte du contrat de mariage ou de la loi, les époux en l'absence de contrat étant présumés avoir voulu adopter le régime légal. On exclut par suite de la communauté les biens incessibles : pensions

1. AUBRY et RAU, VI, § 381, texte et note 13 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 266.

2. Cf. BEUDANT, *Rev. Crit.*, 1869, t. XXXIV, p. 135 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 520 ; ARTHUYS, I, n° 203 ; THALLER et PIC, II, n° 728 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 355 ; FLOUCAUD-PENARDILLE, I, n° 4.

3. HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 1557 ; LEPARGNEUR, *La loi nouvelle sur les Sociétés à responsabilité limitée*, n° 5 ; DROUETS, *Tr. Théorique et pratique des Sociétés à responsabilité limitée*, p. 53 ; PIC et BARATIN, *Des Sociétés à responsabilité limitée*, nos 119, 120 et 243 ; PERCEROU, *Ann. de dr. com.*, 1925, p. 92.

de réforme et de retraite, pensions alimentaires servies, *jure sanguinis* ou constituées à titre gratuit et, — condition exigée par la majorité des auteurs, — déclarées expressément incessibles, rentes allouées en vertu de la loi du 9 avril 1898 aux ouvriers victimes d'un accident du travail¹.

Mais ce raisonnement est critiqué. Si la mise en communauté est une cession, il s'ensuit que la communauté ne doit profiter en aucune mesure des biens incessibles. Or, on admet que les arrérages courus pendant la communauté des pensions ou rentes incessibles ci-dessus indiquées tombent dans l'actif commun à titre de fruits de biens propres². De même, les salaires et traitements n'excédant pas 6.000 francs sont stipulés incessibles par la loi (Code du Travail, liv. I, tit. III, chap. iv, art. 62, modifié par loi du 27 juillet 1921) pour les neuf dixièmes et cependant personne ne conteste qu'ils n'entrent intégralement en communauté. L'incessibilité n'est donc pas un obstacle absolu à la mise en communauté. C'est que celle-ci n'est pas une cession ordinaire ; elle est imposée par la loi dans l'intérêt de l'association conjugale. Le régime légal ne repose pas, comme on le dit habituellement, sur une présomption de volonté ; les époux mariés sans contrat y sont soumis impérativement³. On conçoit dès lors que la règle d'incessibilité ait été écartée par la loi en matière de communauté. Considérât-on même les dispositions régissant la communauté légale comme purement interprétatives, l'incessibilité devrait encore être mise hors de cause. L'incessibilité dérogeant au principe de la libre circulation des biens doit être interprétée strictement ; elle a été consacrée expressément ou virtuellement par la loi dans certains cas et pour des motifs déterminés ; elle ne saurait s'opposer à la mise en communauté par convention des rentes ou pensions sus-énoncées, car les motifs qui ont fait édicter l'incessibilité en faveur de l'époux titulaire de celles-ci — caractère alimentaire — sont de nature à s'étendre à la communauté, du moins tant qu'elle existe. A la dissolution de la communauté, les rentes et pensions dont s'agit doivent, en effet, redevenir

1. TROPLONG, I, nos 409-410 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 423 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 17 à 19 *ter* ; GUILLOUARD, I, nos 389-390 ; PLANIOL, III, n° 921.

2. V. not. GUILLOUARD, I, n° 390.

3. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 8.

entièrement propres à l'époux bénéficiaire ; mais ce n'est pas parce qu'elles sont incessibles, c'est parce qu'elles ont une cause essentiellement personnelle. On comprend qu'elles profitent au conjoint pendant le mariage en raison des liens étroits qui unissent les époux ; il serait contraire à la pensée dont elles procèdent, d'admettre les héritiers, peut-être fort éloignés, du conjoint à partager les arrérages ultérieurs avec l'époux titulaire, et à plus forte raison d'en priver totalement ce dernier, si c'est la femme, et qu'elle renonce à la communauté, à l'avantage des dits héritiers. Il y a lieu de généraliser et de déclarer propre tout bien présentant un caractère personnel suffisamment marqué¹.

Mais, que la cause d'exclusion de la communauté soit l'incessibilité ou le caractère personnel, ne frappe-t-elle pas aussi bien les parts sociales qui sont à la fois incessibles et attachées à la personne, comme généralement les parts d'intérêts ? S'il en est ainsi, le sort de ces parts sociales est définitivement réglé, il est inutile de rechercher si leurs autres caractères seraient susceptibles de les faire entrer en communauté. Nous pensons cependant que ni leur incessibilité ni leur caractère personnel ne sont suffisants pour empêcher les parts sociales de devenir communes.

3. Précisons d'abord la portée de l'incessibilité de la part d'intérêt. Elle empêche seulement la collation ou le transfert de la qualité d'associé à un tiers sans le consentement de tous les associés ; elle n'empêche pas chaque associé, sans le consentement de ses co-associés, de s'associer un tiers relativement à la part qu'il a dans la société ou même de se le substituer complètement dans le bénéfice de sa part (art. 1861 C. Civ.). Le tiers, en ce cas, est appelé croupier. La communauté, en l'absence du consentement des co-associés de l'époux, pourra donc être placée dans la situation d'un croupier. Elle profitera de tous les droits pécuniaires attachés à la part sociale ; mais le conjoint de l'époux associé ne pourra s'immiscer dans les affaires de la société. La part d'intérêt, malgré son incessibilité, est donc susceptible de constituer un élément d'actif de la communauté. Cela seul nous importe ici, puisque nous étudions la part sociale uniquement au point de vue de la composition de la masse commune.

1. COLIN et CAPITANT, III, p. 68-69 ; CAPITANT, note D, 1922. 1. 5 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, nos 187 et 188.

A plus forte raison, la communauté peut-elle bénéficier des émoluments des actions dont la cession est soumise à certaines restrictions. Le fait que les actions représentant des apports en nature dans les sociétés en commandite par actions ou anonymes doivent rester attachées à la souche et ne sont pas négociables pendant les deux ans qui suivent la constitution de la société (art. 3 et 24, loi du 24 juillet 1867) ne saurait certainement pas les empêcher d'entrer dans une communauté qui se formerait au cours de cette période de deux ans, car malgré leur non-négociabilité elles demeurent cessibles¹. Quant aux actions des administrateurs des sociétés anonymes qui doivent rester déposées dans la caisse sociale et sont inaliénables (art. 26, loi 24 juillet 1867), elles ne sont pas davantage exclues pour cette raison de la communauté ; leur inaliénabilité a pour but de les maintenir affectées à la garantie des actes de gestion des administrateurs ; leur mise en communauté ne les détourne pas de cette affectation que la communauté devra souffrir.

4. La théorie, d'après laquelle la cause d'exclusion de la communauté réside dans le caractère personnel des biens et non dans leur incessibilité, n'aboutit-elle pas au contraire à empêcher l'entrée en communauté des parts dans les sociétés formées *intuitu personae* ? Il faut préciser cette théorie. Elle se fonde, dans sa forme la plus générale, sur les droits de la personnalité². On entend par là les droits qui ont trait au

1. Cass. Civ. 4 juillet 1911, S. 1913, I, 5, note de M. LYON-CAEN, D. P. 1911, I, 449, note de M. PERCEROU.

2. LÉON BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse Paris 1902, p. 178 et s. Cette théorie a pour germe les très fines observations de M. LABBÉ à propos de l'indemnité d'assurance sur la vie stipulée au profit de l'époux survivant (notes S. 1877, I, 397 ; *J. Pal.* 1877, 1063 § 2 ; S. 1889, 2, 121 ; *J. Pal.* 1889, 690 ; S. 1891, 2, 185 ; *J. Pal.* 1891, 1037). Le savant jurisconsulte a montré qu'il existait des intérêts personnels, placés de leur nature en dehors de la communauté, et que les époux pouvaient notamment avec l'argent de la communauté sauvegarder, servir de tels intérêts, sauf récompense, conformément au principe général contenu dans l'art. 1437 C. civ. applicable à tout intérêt propre préexistant ou existant indépendamment de la volonté, fondé ou non sur la possession d'un bien matériel. Ce sont ces intérêts personnels qui ont été érigés en droits de la personnalité. V. aussi SALEILLES, note S., 1900, 2, 121, 9^e col ; COLIN et CAPITANT, III, p. 67-69 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 188.

respect, à la conservation et au développement de la personnalité. Ces droits, qui appartiennent à tout individu, échappent par leur nature à la communauté, et les biens qui sont mis à leur service doivent pareillement rester propres. Les plus importants de ces biens sont ceux qui sont destinés à assurer la subsistance de leur propriétaire, le droit de subsistance étant au premier chef un droit de la personnalité. On cite comme telles : les pensions de retraite et d'invalidité, les pensions alimentaires, les rentes allouées aux victimes d'accidents du travail. Leur exclusion de la communauté ne fait d'ailleurs difficulté pour personne en raison de leur incessibilité. Au contraire, des controverses se sont élevées au sujet de l'indemnité d'assurance sur la vie stipulée pendant la communauté au profit de l'époux survivant, et des dommages-intérêts alloués pour réparation d'une atteinte à l'intégrité de la personne physique de l'un des époux. Ces indemnités doivent être traitées comme les rentes et pensions sus-énoncées : elles remplissent une fonction identique. La première tend à préserver l'époux survivant contre la diminution des moyens d'existence qui résultera pour lui de la disparition de son conjoint¹ ; la seconde représente la réparation pécuniaire de la lésion corporelle qui amoindrit la puissance vitale, la personnalité de l'époux victime². Il serait contraire au but de l'une et de l'autre d'en attribuer la moitié, à la dissolution de la communauté, à l'autre époux ou à ses héritiers. Cette remarque et la solution qu'elle impose s'appliquent également à la rente viagère constituée pendant la communauté au profit des époux et réversible sur la tête du survivant³.

Le caractère personnel des parts d'intérêt est tout différent. Il ne correspond pas à un intérêt personnel du titulaire, à un droit de la personnalité. Il crée au contraire une obligation à la charge de ce titulaire, une entrave à sa liberté ; il

1. Cass. civ. 28 mars 1877, S. 1877, I, 393, *J. Pal.* 1877, 1057 et la note de M. LABBÉ ; Riom, 8 juillet 1890, S. 1891, 2, 185, *J. Pal.* 1891, 1037 et la note de M. LABBÉ.

2. Cass. Req. 23 février 1897, S. 1900, I, 521, note de M. LACOSTE, D. P. 1898, I, 121, note de M. CAPITANT ; 13 avril 1921, S. 1922, I, 257, note de M. DEMOGUE, D. P. 1922, I, 5, note de M. CAPITANT.

3. Cass. civ. 24 janvier 1894, S., 1894, I, 288 ; 4 décembre 1894, S. 1898, I, 487, D. P. 1895, I, 353 ; Rouen 10 février 1909, S. 1910, 2, 81, D. P. 1911, 2, I, note de M. CAPITANT.

profite à ses co-associés. Il l'empêche de transférer à un tiers son droit de gestion et de contrôle des affaires sociales. Or, ce droit, rationnellement, est attaché à la qualité d'associé, non à la personne d'un associé déterminé ; la qualité d'associé est transmissible théoriquement ; pratiquement, elle l'est dans les sociétés par actions. Il ne s'agit donc pas d'un droit ayant trait au respect, à la conservation ou au développement de la personnalité, et partant inséparable de celle-ci par nature, mais d'un droit établi par une convention : le contrat de société, et auquel un caractère personnel a été imprimé non dans l'intérêt du titulaire mais dans celui de ses co-associés. Ainsi entendu, le caractère personnel de la part d'intérêt est parfaitement compatible avec la mise en communauté de la dite part. Il est opposable à la communauté en ce sens que celle-ci, ou plus exactement, puisqu'elle ne forme pas une personne morale¹, le conjoint de l'époux associé ni ses ayants-cause ne pourront s'immiscer dans les affaires sociales. Au contraire, les droits pécuniaires attachés à la part d'intérêt : droit aux bénéfices durant la société, droit à une part du fonds social à la dissolution, seront susceptibles d'entrer dans l'actif commun. Il y a là une distinction tout à fait comparable à celle que l'on fait relativement aux offices ministériels. L'office en lui-même reste attaché à la personne du mari titulaire ; la femme ni ses héritiers ne peuvent prétendre, à la dissolution de la communauté (pendant la durée de la communauté, il suffirait au mari d'invoquer ses pouvoirs de chef pour repousser cette prétention de la femme), à participer à l'exercice des fonctions que comporte l'office ni même à contrôler l'exercice de ces fonctions par le mari. Mais la finance de l'office, autrement dit la valeur du droit de présentation, est susceptible d'entrer en communauté. Si l'office est cédé au cours de communauté, le prix tombera dans la caisse commune ; si le mari possédait encore son office lors de la dissolution de la communauté survenant par son décès, ses héritiers et sa veuve useront du droit de présentation et se partageront le prix ; si le mari toujours titulaire de sa charge survit à la dissolution de la communauté, il aura le choix ou de se démettre de son office dont le prix entrera dans la masse commune, ou de le conserver

1. AUBRY et RAU, VIII, § 505, texte et note 2 ; PLANIOL, III, n° 905

en en payant la valeur à la communauté¹. Ainsi donc, les parts d'intérêt, comme les offices, comprennent deux éléments pouvant se séparer : un élément personnel devant rester nécessairement propre au titulaire, un élément pécuniaire de nature à entrer dans l'actif commun. Et non seulement l'élément pécuniaire, mais encore l'élément personnel de la part d'intérêt présente une ressemblance avec celui de l'office : le droit de gestion et de contrôle appartenant à l'associé peut, en effet, être regardé comme une fonction sociale², fonction évidemment toute différente de la fonction publique exercée par l'officier ministériel, fonctions cependant l'une et l'autre au sens général. On a critiqué, il est vrai, la séparation de l'élément personnel et de l'élément pécuniaire de l'office, lorsque le mari survivant à la dissolution de la communauté est encore en charge. Mais cette critique ne peut toucher la part d'intérêt que dans un cas particulier que nous allons examiner à présent.

5. Le caractère personnel de la part d'intérêt ne l'empêche-t-il pas toutefois d'entrer en communauté lorsqu'elle correspond à un apport en industrie de l'époux associé ? L'industrie n'est-elle pas un attribut essentiel de la personnalité, et tout bien en représentant la valeur, comme une part sociale, ne doit-il pas en conséquence demeurer propre à l'époux duquel cette industrie provient ? Un jugement du Tribunal Civil de la Seine s'est prononcé pour l'affirmative³.

Cette opinion est à rapprocher de celle qui exclut de la communauté l'office ministériel et le droit d'auteur, du moins au profit du titulaire survivant. En ce qui concerne l'office ministériel, l'élément essentiel de sa valeur, dit-on, c'est la capacité de travail du titulaire, et l'option laissée à celui-ci, à la dissolution de la communauté, lorsqu'il survit, porte atteinte au droit de la personnalité. « Tant qu'un individu est vivant, il doit rester le maître absolu de sa capacité de travail, c'est-à-dire de son moyen et de son mode de vivre ». L'alternative imposée « crée à l'encontre du titulaire une coercition indirecte, contraire à la liberté complète qu'exigent

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 12.

2. LENOAN, *Rev. Trim. de Dr. civ.*, 1922, p. 365 et suiv.

3. Trib. Civ. Seine 21 juin 1922, sous Paris 20 novembre 1923, D. P. 1924, 2, 121 et la note critique de M. NAST. V. aussi Agen 14 décembre 1927, *Semaine juridique*, 26 janvier 1928.

le droit de la personnalité et la maîtrise absolue de la capacité de travail¹ ». Au contraire, en cas de cession de l'office pendant la durée de la communauté, ou en cas de dissolution par le décès du titulaire, le respect de la liberté de travail de celui-ci ne s'oppose pas ou ne s'oppose plus à l'attribution du prix à la masse commune². En ce qui concerne le droit d'auteur, lorsque l'époux auteur survit à la dissolution de la communauté, qu'il a déjà publié son œuvre, et n'a pas cédé son droit, il doit rester maître absolu de publier à nouveau, de modifier, de supprimer son œuvre ou de céder son droit. Ces prérogatives, qui constituent le droit d'auteur, ont un caractère indiscutablement personnel ; elles sont inaliénables, incommunicables ; conséquemment, la valeur pécuniaire de ce droit doit rester propre à l'auteur ; il serait irrationnel de l'obliger à partager les profits qui résulteront, qui dépendront de l'exercice de facultés personnelles, avec son ex-conjoint ou les héritiers de ce dernier³. Au contraire le droit d'auteur, à la mort de son titulaire, en passant aux héritiers prend un caractère patrimonial prédominant : la faculté de modification et de suppression disparaît, seul subsiste le droit d'interdire toute altération de l'œuvre. Dès lors, si la communauté se dissout par le décès de l'auteur, le droit de celui-ci devient susceptible d'entrer dans la masse commune. Est également susceptible d'y entrer le prix du droit d'auteur cédé pendant la communauté. Après la cession l'auteur n'a plus, en effet, le droit de modifier ni de supprimer son œuvre. Qu'on n'objecte pas que ce prix provient de l'exercice d'une faculté personnelle, car les produits de l'activité personnelle des époux sont de nature à profiter à la communauté lorsqu'ils sont réalisés pendant son cours (art. 1498 C. Civ.)⁴.

N'y a-t-il pas lieu de faire une semblable distinction en ce qui concerne la part d'intérêt de l'époux apporteur d'industrie ? S'il survit à la dissolution de la communauté, il conservera en propre sa part d'intérêt ; si la société prend fin ou s'il se retire pendant la communauté ou si la communauté se dissout par son décès, l'émolument de sa part d'intérêt sera

1. BÉRARD, *th. précit.*, p. 185.

2. BÉRARD, *th. précit.*, p. 86 et 185.

3. SALEILLES, note S. 1900, 2, 121 ; BÉRARD, *th. précit.*, p. 66.

4. SALEILLES et BÉRARD, *op. et loc. cit.*

susceptible d'entrer dans l'actif commun. Remarquons, avant de discuter le bien fondé de la distinction proposée pour l'office et le droit d'auteur, que la situation de l'époux survivant, à la dissolution de la communauté, ne se présente pas de la même manière, s'il est titulaire d'un office ministériel ou d'un droit d'auteur, ou s'il est associé apporteur d'industrie. Pour exclure de la communauté l'office et le droit d'auteur, on invoque la liberté absolue du titulaire de continuer à exercer ou non ses fonctions, d'exercer à sa guise son droit d'auteur. Que sa part d'intérêt soit devenue commune ou non, l'époux n'en reste pas moins tenu, à la dissolution de la communauté, de fournir son industrie à la société. Certes, en prenant un engagement relatif à son industrie vis-à-vis de la société, il a restreint sa liberté de travail ; mais c'est volontairement qu'il l'a fait, la communauté n'y est pour rien. Faisons cependant abstraction de cette différence. Nous pensons que l'office ministériel et le droit d'auteur comportent à côté d'un élément personnel, et que la part d'intérêt constitue en regard de l'apport d'industrie un élément pécuniaire distinct, susceptible d'entrer en communauté, même si le titulaire survit à la dissolution. Il paraît tout d'abord étrange que la nature propre ou commune d'un bien dépende de la manière dont finit la communauté, qu'une chose attende pour tomber dans la communauté juste le moment où celle-ci se dissout. Le libre exercice des facultés personnelles attachées à l'office, au droit d'auteur n'est pas incompatible avec la mise en communauté de la valeur de l'un et de l'autre. D'où provient cette valeur ? De l'intelligence, du talent de l'officier ministériel, de l'auteur ; elle ne représente pas une partie mais un produit, c'est-à-dire un objet détaché, de cette intelligence, de ce talent. Et ce produit est lui-même un fonds producteur de ressources, fonds qui peut être exploité par un autre puisqu'il est cessible. Il n'y a au surplus que la valeur du droit d'auteur qui soit due tout entière au travail du titulaire. Le rôle de l'activité de l'officier ministériel, en dehors du cas rare de nos jours de collation gratuite, se borne à conserver et à augmenter une valeur préexistante, valeur qui, on ne doit pas l'oublier, ne provient pas du simple fait de l'individu mais dépend avant tout d'un acte de la puissance souveraine de l'Etat. L'option laissée par la jurisprudence au mari survivant titulaire d'un office ministériel sauvegarde pleinement, quoiqu'on en dise,

sa liberté. Le reproche qu'on lui adresse d'exercer une coercition indirecte contre le titulaire n'est réellement pas fondé. D'ailleurs, si le mari a acheté son office pendant le mariage avec de l'argent commun, on ne pourra aller jusqu'à le dispenser de faire récompense à la communauté de la somme versée par elle. Mais cette obligation du mari envers la communauté ne crée-t-elle pas contre lui une coercition, tout comme l'obligation de payer à la communauté la valeur estimative de l'office ? — La liberté de l'époux auteur est pareillement garantie à l'encontre de la communauté. La Cour de Cassation, tout en admettant l'entrée en communauté du monopole d'exploitation appartenant à l'auteur, a réservé à ce dernier la faculté, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création ou même de la supprimer, pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier¹. L'élément personnel du droit d'auteur est ainsi respecté. Sans doute des conflits sont à prévoir, après la dissolution de la communauté, entre le droit personnel de l'auteur et le droit de son conjoint ou des représentants de ce dernier sur les bénéfices qui résulteront de l'exploitation de l'œuvre, surtout dans l'hypothèse où le mariage a été dissous par le divorce. Mais cette perspective, si elle mérite d'être prise en considération par le législateur, ne peut l'être par l'interprète².

Si donc la mise en communauté de l'office ministériel et du droit d'auteur est possible, celle de la part d'intérêt, correspondant à un apport en industrie, ne l'est pas moins, alors même que le titulaire survit à la dissolution. Pas plus que l'office ministériel et le droit d'auteur, la part d'intérêt ne représente en tout ou en partie l'industrie elle-même du titulaire, attribut essentiel et inaliénable de sa personnalité. L'opinion contraire a cependant été adoptée par le jugement précité du Tribunal de la Seine qui voit dans les droits sociaux d'un associé apporteur d'industrie la contre-partie d'un apport d'éléments constituant les attributs essentiels de la personnalité. Cela est inexact. Ce qui entre dans la société,

1. Cass. Civ. 25 juin 1902, S. 1902, I, 305, note de M. LYON-CAEN, D. P. 1903, I, 5, note de M. COLIN.

2. LYON-CAEN, note précitée ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 11.

ce n'est pas l'industrie elle-même de l'associé, ce sont les résultats de cette industrie. La part sociale est donnée en représentation de ces résultats. Elle ne saurait être assimilée à l'indemnité allouée pour atteinte à l'intégrité de la personne physique, indemnité qui représente proprement la valeur de la diminution de la personnalité de l'ayant-droit ; elle ne saurait être assimilée davantage aux pensions alimentaires ou à l'indemnité d'assurance-vie, qui étant destinées à assurer la subsistance du bénéficiaire ne sont pas des produits mais des soutiens de la personnalité. Elle se différencie également des traitements et salaires, bien qu'elle ait comme eux, le caractère de rémunération du travail. Sans doute, elle leur ressemble par certains de ses émoluments : la part de bénéfices périodiques à laquelle elle donne droit. Mais elle comporte en outre un droit sur le fonds social à la dissolution de la société ; elle possède ainsi une valeur en capital que n'ont ni les traitements ni les salaires. Cette valeur constitue elle-même un produit du travail, au sens juridique de l'expression, puisque la cause de son attribution réside dans les services rendus à la société. Comme tous les autres produits du travail, elle est susceptible d'entrer en communauté¹. Il y a même raison de le décider que pour le fonds de commerce créé², pour la propriété de l'œuvre publiée³ par l'un des époux, ou pour l'office ministériel conféré gratuitement au mari⁴ pendant la communauté, desquels on admet l'entrée dans l'actif commun. Il serait illogique de traiter différemment, au regard de la communauté, le fonds de commerce exploité individuellement et la part dans un fonds de commerce exploité en société.

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 407 ; NAST, note D. P. 1924, 2, 121. V. aussi TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 430.

2. AUBRY et RAU, VIII, §. 507, texte et note 16 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n° 380 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 290 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, *loc. cit.*

3. Cass. Civ. 5 juin 1902, S. 1902, I, 305, D. P. 1903, I, 5 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 11 ; GUILLOUARD, I, n° 382 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 392.

4. Cass. Civ. 4 janvier 1853, S. 1853, I, 468, D. P. 1853, I, 73 ; RIOM 26 mars 1859, S. 1860, II, 30, D. P. 1860, 5, 66 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 12 ; GUILLOUARD, III, n° 1458 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1288 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 407.

6. Ce que nous venons de dire des parts d'intérêt s'applique *a fortiori* aux actions correspondant à un apport en industrie, appelées actions industrielles¹.

7. Nous invoquerons dans le sens de notre opinion un arrêt de la Cour de Cassation, qui a déclaré communes des parts de fondateur personnelles et incessibles attribuées à un époux par une société pendant la communauté en rémunération de services rendus². Les parts de fondateur sont des titres délivrés par les sociétés par actions, donnant droit à une part de bénéfices, mais non du capital social. A l'époque où l'arrêt précité fut rendu, la question de savoir si les parts de fondateur étaient des actions ou des parts d'associé autres que des actions ou de simples droits de créance était discutée. Cette question a été tranchée par la loi du 23 janvier 1929 (art. 1^{er}) qui porte que les parts de fondateur ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Néanmoins, il y a lieu d'étendre par analogie aux parts sociales correspondant à un apport en industrie la solution donnée par la Cour de Cassation relativement à des parts de fondateur : la nature du titre ne peut, en effet, exercer aucune influence sur cette solution. Cependant les motifs sur lesquels s'appuie la Cour de Cassation appellent quelques observations. D'abord, dit la Cour Suprême, il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'une incessibilité absolue : les statuts après avoir déclaré personnelles et incessibles les parts de fondateur en autorisaient la cession

1. On admet généralement qu'il est possible d'attribuer des actions en rémunération d'un apport en industrie, mais que ces actions n'ayant pas contribué à la formation du capital social ne donnent droit qu'à une part dans les dividendes, et non à une fraction du fonds social, à moins de clause contraire (ARTHUYS, I, n° 405 ; LACOUR et BOUTERON, n° 415 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, I, n° 10). Cependant, certains auteurs considèrent les actions industrielles, même en l'absence de clause expresse, comme de véritables actions d'apport constituant une fraction du capital social (THALLER et PIC, II, n° 801 ; LYON-CAEN et RENAULT, 5^e éd., par AMIAUD, II, n° 560 2). Par contre, d'après une autre opinion (HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 365), un apport en industrie n'étant pas susceptible d'être réalisé intégralement au moment de la constitution de la société (art. 31 l. 24 juillet 1867) ne saurait donner lieu à l'attribution d'actions, mais seulement de parts de fondateur, qu'ils considèrent d'ailleurs comme des parts d'associé. — Cf. Caen 26 juin 1912, S. 1917-18, 2, 99 (note de M. BOURCART), D. P. 1914, 2, 161 (note de M. PALMADE).

2. Cass. Req. 6 juillet 1905, S. 1908, I, 289, note de M. WAHL.

au profit des descendants en ligne directe des fondateurs et des obligataires ; l'entrée en communauté des dites parts ne produirait pas, en la circonstance, un résultat contraire aux statuts, puisque la communauté n'était partageable qu'entre un fondateur et ses descendants. Au surplus, « la convention à titre onéreux, par laquelle l'un des époux recevrait d'un tiers, sous la condition qu'il lui resterait propre, un bien que le régime matrimonial auquel il est soumis fait tomber dans la communauté, est, quant à cette condition, en vertu du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, sans valeur à l'égard de l'autre époux ».

Le premier motif est critiquable, car les descendants tenaient leurs droits du conjoint du fondateur. Il fallait donc rechercher si les dites parts de fondateur avaient pu être transmises à ce conjoint ; or, celui-ci n'était pas nommé dans les statuts parmi les personnes au profit desquelles la cession de ces parts était exceptionnellement permise.

Le deuxième motif est, au contraire, très juste en lui-même. Un bien, qui aurait dû normalement entrer en communauté, ne peut en être exclu par une clause insérée dans le titre d'acquisition, à moins que celui-ci ne soit une donation (art. 1401, 1^o). Autrement, le mari qui a la libre disposition des biens communs pourrait, avec la complaisance d'un tiers, les remplacer tous par des biens propres. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose évidemment à ce résultat.

Ce dernier motif a une portée générale. Il frappe toute convention à titre onéreux conclue pendant le mariage avec un tiers, ayant pour but de soustraire un bien à la communauté. Il est à remarquer qu'en l'espèce il s'agissait d'une clause d'incessibilité. La Cour de Cassation paraît donc estimer que l'incessibilité est par elle-même une cause d'exclusion de communauté, lorsqu'elle ne résulte pas d'une convention à titre onéreux conclue pendant le mariage. Cette opinion est critiquable, particulièrement en ce qui concerne les parts de fondateur, comme nous allons le montrer. Admettons-la cependant pour le moment. On pourrait se demander si la stipulation d'incessibilité, dont étaient l'objet les parts de fondateur litigieuses, n'était pas nulle, en outre, pour une cause étrangère au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La question a son importance, car ce principe ne saurait atteindre une clause d'incessibilité anté-

rieure au mariage. L'incessibilité d'un droit cessible de sa nature — et telles sont bien les parts de fondateur, — étant contraire à la libre circulation des biens ne peut être valablement stipulée qu'en vertu d'une autorisation expresse ou virtuelle de la loi¹. Cette autorisation ne semble exister que pour les rentes viagères ou pensions alimentaires constituées à titre gratuit (art. 1981 C. Civ., 581 C. Pr. Civ.). Ce n'est pas le cas des parts de fondateur. On ne voit d'ailleurs pas bien l'intérêt qu'il y a à rendre incessibles ces parts. C'est afin d'empêcher, dit-on, qu'elles passent entre les mains d'étrangers. Mais cela doit être indifférent à la société, puisque les porteurs de parts n'ont pas le droit de s'immiscer dans son administration. Il convient d'ajouter que la nullité de la condition d'incessibilité, qu'elle résulte du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ou du principe de la libre circulation des biens, provoquerait la nullité de l'attribution des parts de fondateur, si cette attribution pouvait être considérée comme dépendant de cette condition (art. 1172 C. Civ.)². D'autre part, d'après l'opinion qui tend à prévaloir aujourd'hui et à juste titre, selon nous, ce n'est pas l'incessibilité mais le caractère personnel des biens qui est un obstacle à leur mise en communauté. Les parts de fondateur dont s'agit avaient été, il est vrai, déclarées personnelles aussi bien qu'incessibles. Mais ce caractère personnel, qui leur avait été conféré, ne se rapportait pas à un droit de la personnalité du bénéficiaire. Ce n'est pas au profit de ce dernier, c'est au profit de la société, qu'il avait été stipulé, à l'instar du caractère personnel des parts d'intérêt. Il n'entraînait donc pas l'exclusion de communauté des parts de fondateur qu'il affectait. — Enfin, admet-on la validité de la clause d'incessibilité frappant les parts de fondateur et l'effet anti-communautaire de l'incessibilité, on ne devrait pas nécessairement pour cela réserver propres les dites parts à l'époux attributaire. L'incessibilité de ces parts ne pourrait être reconnue valable que par analogie avec celle des parts d'intérêt. Elle ne saurait donc avoir des conséquences plus rigoureuses. Or, le titulaire d'une part d'intérêt incessible peut toujours en transférer les émoluments à un tiers (art. 1861 C. Civ.) et notamment, nous l'avons vu, à la communauté.

1. AUBRY et RAU, § 359, texte et note 9 ; GUILLOUARD, *Tr. de la Vente* II, n° 757.

2. PLANIOL, II, n° 1269 ; WAHL, note S. 1908, I, 289, 8^e col.

Il doit en être de même des parts de fondateur incessibles. C'est dire qu'il n'y avait pas lieu, selon nous, pour admettre l'entrée en communauté de telles parts, de faire intervenir, comme l'a fait la Cour de Cassation, le principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales.

Ainsi donc, les parts sociales cessibles ou incessibles, actions ou intérêts, même celles correspondant à un apport en industrie sont susceptibles d'entrer dans la communauté.

8. N'y a-t-il pas lieu cependant de poser une exception ? Il est possible qu'une part sociale, notamment une action, soit donnée ou léguée à un époux à titre alimentaire et frappée pour cette raison d'incessibilité (art. 581 C. Pr. Civ.). Le plus souvent l'usufruit seulement de cette part sociale sera donné ou légué. La dite part restera propre en toute propriété ou, en usufruit à l'époux donataire ou légataire, en sorte que, s'il s'agit d'un usufruit, l'époux usufruitier, à la condition de survivre à la communauté, aura seul droit aux dividendes échus ultérieurement¹. Cette solution découle pour nous du caractère personnel dont la part sociale donnée ou léguée à titre alimentaire est affecté, et non de l'incessibilité qui la frappe : il est incontestable, en effet, que leur incessibilité n'empêche pas les dividendes échus pendant la communauté d'y tomber. — D'autre part, dans l'opinion que nous adoptons, la question discutée de savoir si l'incessibilité doit être expressément stipulée² ou résulte du caractère alimentaire lui-même de la donation ou du legs³ devient sans influence sur la détermination de la nature propre ou commune de l'objet donné ou légué. Le caractère personnel dépend uniquement du caractère alimentaire. Il suffira donc que ce dernier soit établi pour que la part sociale qu'il frappera soit propre.

1. BEZARD-FALGAS, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et d'obligations* (3^e éd.), n° 372 ; JULLIOT, *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts et conversions des titres nominatifs*, thèse, Paris, 1899, p. 167 et suiv.

2. En ce sens : TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 411 ; *Vente*, I, n° 227 ; *Transactions*, n°s 96 à 98 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 426 ; LAURENT, XXI, n° 278 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n° 390 (V. cep. même auteur, *Vente et échange*, II, n° 756) ; LAROMBIÈRE, *Des obligations*, I, art. 1128, n° 10 ; — Cass. Civ. 31 mai 1826, S. 1826, I, 447 ; Req. 22 février 1831, S. 1831, I, 107 ; Req. 1^{er} avril 1844, S. 1844, I, 468.

3. En ce sens : AUBRY et RAU, § 359, texte et note 18 et § 507, texte et note 18 ; V. aussi GUILLOUARD, *Vente et échange*, II, n° 756.

PREMIÈRE PARTIE

Les Parts sociales sous le régime de la communauté légale

9. Les parts sociales, même incessibles, même correspondant à un apport en industrie, sauf celles qui sont données à titre de pension alimentaire, sont donc susceptibles d'entrer dans la communauté légale. Il nous faut maintenant déterminer dans quels cas elles y entreront. Pour cela, nous n'avons qu'à leur appliquer les principes qui régissent la composition de l'actif de la communauté légale, sans nous soucier de leur cessibilité ou incessibilité, ni de la nature de l'apport auquel elles correspondent, réserve faite, répétons-le, de celles qui seraient données à titre alimentaire à l'un ou l'autre époux. Il résulte des articles 1401-1^o, 1404 et 1405 C. Civ., qu'en ce qui concerne les biens possédés par les époux au jour de la célébration du mariage, ou qui leur étoient pendant le mariage à titre de succession, donation ou legs, il y a lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles : les premiers entrent dans la communauté, les seconds restent propres. Au contraire, tous les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage tombent dans la communauté sans distinction (art. 1401, 3^o). Ces règles souffrent d'ailleurs des exceptions. Nous allons donc envisager successivement les parts sociales possédées par l'un ou l'autre époux lors de la célébration du mariage ou à lui échues pendant la communauté à titre de succession, donation ou legs et celles acquises à titre onéreux pendant la communauté.

TITRE I^{er}

Parts sociales possédées par l'un ou l'autre époux lors du mariage ou a lui échues à titre de succession, donation ou legs pendant la communauté.

10. Les hypothèses dont nous allons nous occuper dans le présent titre appellent sur elles-mêmes quelques observations.

Relativement aux parts sociales possédées par les époux lors de la célébration du mariage, nous ferons remarquer que si à ce moment les deux époux étaient, seuls ou avec des tiers, membres d'une même société, sauf en tant qu'actionnaires ou que commanditaires¹, la célébration du mariage emporterait dissolution de la société². D'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine, les sociétés entre époux, en effet, sont nulles, comme incompatibles avec la puissance maritale (art. 1388 C. Civ.) et comme dérogeant au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. Civ.). Ce dernier motif ne saurait, d'ailleurs, atteindre une société formée avant le mariage, qui tombe, au contraire, sous le coup du premier.

Relativement aux parts sociales échues aux époux par succession pendant le mariage, nous ferons également remarquer que si les deux époux devenaient associés dans une même société, sauf en tant qu'actionnaires ou que commanditaires, par l'effet de la dévolution de la succession d'un associé d'un époux au conjoint de ce dernier, ce fait entraînerait, pour la même raison, dissolution de la société³. Nous ferons remarquer, en outre, que, une société de personnes

1. HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, n° 82.

2. Cass. Civ. 24 février 1913, S. 1916, 1, 81 et la note de M. WAHL.

3. Cass. Civ. 24 février 1913, précité.

se dissolvant, en principe, par le décès d'un associé, l'époux à qui serait échue pendant le mariage la succession d'un membre d'une telle société ne recevrait qu'une part dans une société dissoute (art. 1865 C. Civ.). Dans tous ces cas, il y aura lieu de se demander si les droits dans une société dissoute équivalent, au regard de la communauté, aux droits dans une société existante. Nous examinerons cette question spécialement. Un époux pourra, du reste, par succession recueillir une part et devenir associé dans une société subsistant après la mort de son auteur. Les sociétés de capitaux et les sociétés à responsabilité limitée (art. 36 l. 7 mars 1925), en effet, ne sont pas dissoutes par le décès d'un de leurs membres, et il peut être stipulé qu'une société de personnes continuera, en cas de mort de l'un des associés, avec son héritier (art. 1868 C. Civ.).

Relativement aux parts sociales acquises par donation ou legs pendant le mariage, nous ferons remarquer que les donations ou legs d'actions sont susceptibles de se réaliser beaucoup plus facilement et partant beaucoup plus fréquemment que les donations ou legs de parts d'intérêt ou même de parts dans une société à responsabilité limitée. D'abord, la part d'intérêt ne pourra être léguée que si le décès de l'associé testateur ne dissout pas la société. Ensuite, la donation ou le legs de la part d'intérêt ne sera pas opposable aux co-associés du donateur ou du testateur sans leur assentiment unanime (art. 1861 C. Civ.). Il est vrai que, sans cet assentiment, si le donataire ou légataire ne peut devenir associé, il peut devenir croupier et profiter ainsi de tous les émoluments attachés à la part d'intérêt. Le pacte social peut aussi conférer au donateur ou testateur le droit de céder sa part au futur donataire ou légataire. — L'assentiment des autres associés n'est pas nécessaire, au contraire, pour que la donation ou le legs d'une action leur soit opposable, réserve faite toutefois de l'application des dispositions statutaires apportant des restrictions à la transmissibilité des actions. — Quant aux parts dans les sociétés à responsabilité limitée, elles ne peuvent être données à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social (art. 22 l. 7 mars 1925). Par contre, sauf disposition contraire des statuts, elles peuvent être valablement léguées, à l'égard des autres associés, sans leur agrément (arg. art. 36 l. 7 mars

1925)¹. — Les constitutions en dot de parts sociales sont soumises aux règles que nous venons d'indiquer pour les donations².

11. Les parts sociales possédées par les époux lors de la célébration du mariage ou à eux échues pendant la communauté par succession, donation ou legs deviendront donc communes, si elles sont de nature mobilière, ou resteront propres, si elles sont de nature immobilière (art. 1401-1^o, 1404 et 1405 C. Civ.). Comment déterminer la nature mobilière ou immobilière d'une part sociale ? Rigoureusement, les associés ne devraient rien retirer de l'actif social avant la dissolution de la société. A ce moment seulement ils se partageraient l'actif net, s'il en existait un, d'après les proportions fixées aux statuts. Les bénéfices réalisés auparavant ne sont pas définitifs ; ils sont toujours susceptibles d'être absorbés par des pertes ultérieures. Mais peu de personnes consentiraient à mettre leurs biens ou leur industrie en société, si elles étaient obligées d'attendre jusqu'alors pour en recueillir les profits. Aussi l'usage s'est-il répandu de diviser la durée de la société en exercices, généralement d'une année, à la fin de chacun desquels les associés dressent le bilan et se partagent les bénéfices, s'il y en a. Cet usage étant si courant et si conforme à l'intention des parties vaudrait même en l'absence d'une stipulation expresse. La part sociale comprend donc : 1^o Le droit à une part des bénéfices distribués au cours de la société ; 2^o Le droit à une part du fonds social à la dissolution de la société. Elle apparaît ainsi comme un capital productif de revenus. Les bénéfices distribués au cours de la communauté, qui consistent, par définition, en des sommes d'argent, qui sont par suite des choses essentiellement mobilières, et ont d'autre part le caractère de revenus, entrent incontestablement dans l'actif commun (art. 1401, 1^o et 2^o). Mais il reste à établir la nature mobilière ou immobilière du capital de la part sociale, représenté par le droit à une fraction du fonds social à la dissolution. droit qui tient

1. LÉPARGNEUR, *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, n^o 23.

2. Voir dans Bordeaux 10 mars 1892, S. 1892, 2, 319, un exemple de commandite donnée par un père à son fils à l'occasion de son mariage, le père conservant sa qualité d'associé à défaut de l'assentiment des autres associés à cette donation.

son existence du contrat de société et que va, par conséquent, rencontrer la communauté dans la part sociale possédée lors du mariage ou acquise pendant sa durée par l'un ou l'autre époux à titre de succession, donation ou legs. Tel est l'objet des deux chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER

Portée de la règle contenue dans l'article 529 C. Civ.

12. Aux termes de l'article 529 du Code Civil : « Sont meubles par la détermination de la loi, ...les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société ».

Il n'est pas douteux qu'il faille considérer ces actions ou intérêts comme meubles aussi bien à l'égard de la communauté qu'à l'égard de l'époux associé. Ce que la disposition finale de l'article 529 a voulu dire, c'est que, vis-à-vis des tiers qui traitent avec la société, les biens composant l'actif social conservent leur nature mobilière ou immobilière propre. Mais les droits des associés sur la société ne sauraient avoir à l'égard de leurs ayants-cause, et notamment de la communauté, une nature différente de celle qu'ils ont à leur égard¹. Les actions ou intérêts que l'article 529 C. Civ. déclare mobiliers entreront donc dans la communauté légale.

Il s'agit alors de déterminer la portée de cet article, les sociétés dont il régit les parts. On ne peut le faire, avec quelque certitude, qu'en connaissant les motifs qui justifient l'article 529, les principes sur lesquels il s'appuie. L'explication juridique de cette disposition nous permettra seule de définir ce qu'elle entend par « compagnies de finance, de commerce ou d'industrie », de décider si ces termes peuvent être interprétés strictement ou si au contraire ils ne sont pas limitatifs, si, par exemple, la même solution ne pourrait être donnée, par identité de motifs, pour d'autres parts sociales que les actions ou intérêts dans les « compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ».

1. DEMOLOMBE, IX, n° 417 ; — V. cep. Trib. Altkirch 26 février 1851, sous Cass. Civ. 22 novembre 1853, *J. Pal.* 1854, 1, 114, dont l'erreur a été redressée implicitement par le dit arrêt de la Cour de Cassation.

SECTION I

Fondement de la règle de l'article 529

13. Si les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie sont mobiliers, bien que des immeubles soient attachés à ces compagnies, c'est que, dit-on généralement, ces actions ou intérêts ne confèrent aux associés aucun droit de propriété ou de co-propriété sur les biens dépendant de ces sociétés. Ces biens appartiennent à la Société elle-même, considérée comme formant une personne morale distincte de la personne des associés, ayant un patrimoine propre, sujet de droits et d'obligations. Pendant la durée de la Société, les associés n'ont qu'un droit aux bénéfices, purement mobilier par son objet, ce qui explique que pendant ce temps leurs actions ou intérêts soient mobiliers. Telle est la justification classique de l'article 529. Elle a pour conséquence l'attribution du caractère mobilier aux parts de toutes les sociétés douées de personnalité.

Elle n'a pas été sans soulever de critiques. Celles-ci paraissent avoir été formulées pour la première fois par M. Mongin dans un article notoire¹, où elles sont suivies d'une explication différente². Cette explication a été reprise depuis par d'autres auteurs qui, pour des raisons différentes et que nous indiquerons plus loin, écartent aussi la personnalité comme fondement de l'article 529. Les conclusions pratiques de ces derniers correspondent d'ailleurs à celles des partisans de la personnalité. Au contraire, M. Mongin tire de son système des conséquences beaucoup plus étendues. Il nous suffira donc pour le moment d'examiner celui-ci.

14. Voici d'abord les objections adressées par M. Mongin à l'opinion courante. Sans doute, dit-il, dans une société personnifiée, pendant la durée de la société, l'associé n'exerce effectivement qu'un droit sur les bénéfices, véritable droit de créance de l'associé sur la société, purement mobilier par

1. MONGIN, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, Rev. Crit., 1890, t. 57, p. 697 et suiv., III.

2. Cette explication, à la vérité, a déjà été donnée par TOULLIER (XII, n° 97). Mais cet auteur ne fait aucune allusion à l'explication par la personnalité. Il déclare même que tout actionnaire est co-propriétaire de tout ce qui appartient à l'association.

son objet. Il ne faut pas oublier cependant qu'il possède aussi un droit à une part du fonds social qui, pour ne se réaliser qu'à la dissolution de la société, n'en existe pas moins pendant la durée de celle-ci. Ce droit prend sa source, en effet, dans le contrat de société. Comment apparaît-il ? On a voulu le considérer comme un droit de créance de valeur indéterminée, partant mobilier, qui à la dissolution de la société se transformerait en un droit de co-propriété indivise. Mais conçoit-on « que le droit change de nature par le seul fait de la disparition de l'être social, qu'une simple créance se transforme *ipso jure*, sans aucun paiement, sans aucune tradition, en droit de propriété ? Il est vrai que les créances portant sur des corps certains transfèrent de plein droit la propriété, mais ici la prétendue créance porte sur un ensemble de biens, sur des choses fongibles, la règle ne saurait donc s'appliquer¹ ». En réalité, le droit de l'associé sur le fonds social, pendant la durée de la société personnifiée, ne peut être qu'un « véritable droit de propriété, qui n'est que masqué, paralysé momentanément dans ses effets par les droits de l'être moral² ». Certains auteurs veulent faire abstraction de ce droit de propriété de l'associé pendant la durée de la société, sous prétexte que pendant ce temps il n'est que latent³. Il n'en est pas moins vrai qu'il existe et on est obligé d'en tenir compte. La personnalité de la société ne saurait donc être prise comme le criterium logique du caractère mobilier de la part sociale. — Les travaux préparatoires sont d'ailleurs peu favorables à cette manière de voir. Ni dans les discussions au Conseil d'Etat, ni dans l'exposé des motifs par Treilhard au Corps Législatif il n'est fait allusion à la personnalité comme fondement de l'article 529. Cette idée apparaît seulement dans le rapport de Goupil Préfeln au Tribunat : ce n'est là qu'une opinion isolée, nouvelle dans la discussion, à laquelle on ne peut attribuer une grande autorité.

15. Quels sont donc, alors, les motifs propres à justifier l'article 529 ? Dans l'esprit des associés, le droit aux bénéfices, qui est incontestablement mobilier, joue le rôle le plus important ; le droit sur le fonds social n'est que secondaire ;

1. MONGIN, *op. et loc. cit.*

2. MONGIN, *op. et loc. cit.*

3. LYON-CAEN, note sous Paris 18 août 1881, S. 1882, 2, 25.

le fonds social, en effet, n'est qu'un instrument de l'entreprise, servant à produire des bénéfices, dont l'acquisition est le but essentiel des associés. Le législateur voulant éviter les inconvénients que présenterait le caractère mixte de l'action ou de l'intérêt, les difficultés que créerait l'application concurrente à une même action ou à un même intérêt des règles relatives aux meubles en tant qu'elle (ou il) comporterait des droits sur des meubles, et des règles relatives aux immeubles en tant qu'elle (ou il) comporterait des droits sur des immeubles, a attribué à l'action et à l'intérêt une nature unique qu'il a déterminée d'après celle de leur élément qui apparaît prépondérant dans la pensée des parties. Il a eu recours, en l'espèce, à l'axiome dont il est fait en droit de si fréquentes applications : « *accessorium sequitur principale* ». En résumé, la disposition dont s'agit de l'article 529 constitue un bénéfice légal accordé aux parts de nombreuses sociétés, pour des raisons d'utilité pratique, et se justifiant au surplus par la maxime sus rappelée.

Cette explication, ajoute-t-on, a été très nettement exprimée par Treilhard dans son exposé des motifs du titre I^{er}, livre II du Code Civil devant le Corps Législatif : « Les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie sont aussi rangées dans la même classe, parce que les bénéfices qu'elles procurent sont mobiliers. Et la règle est juste, même lorsque les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ont dû acquérir quelques immeubles pour l'exploitation de l'entreprise : cette entreprise est toujours le principal objet de l'association dont l'immeuble n'est que l'accessoire, et la qualité d'une chose ne peut être déterminée que par la considération de son objet principal¹ ».

16. Dans cette explication, quelle portée donne-t-on à l'article 529 ? La nature mobilière des actions ou intérêts ne dépend plus de la personnalité de la société, elle s'applique à « toute société, quelle que soit sa nature, où l'acquisition d'immeubles, n'apparaît que comme un élément accessoire, comme un moyen et non comme un but ». Ainsi seront meubles les parts dans les associations en participation auxquelles tout le monde refuse la personnalité morale, les parts dans les sociétés civiles qui se constituent, par exemple, pour exploiter des eaux, en régir la distribution et exécuter les

1. FENET, t. XI, p. 37.

travaux nécessaires à ces opérations, même si l'on refuse à ces sociétés la personnalité morale. Et cela est conforme, dit-on, au texte même de l'article 529, qui désignant les compagnies d'industrie ne se réfère pas exclusivement à celles qui sont commerciales, comme on est obligé de l'admettre avec l'explication courante, si l'on ne reconnaît pas la personnalité des sociétés civiles, mais ce qui établit une distinction que le texte paraît au contraire repousser, car en présence de l'expression « compagnies de commerce » l'expression « compagnies d'industrie » entendue de cette manière restrictive n'aurait plus aucune portée spéciale¹.

Il semblerait que cette interprétation de l'article 529 conduisit à attribuer le caractère mobilier aux parts de toutes les sociétés, car le but de toute société est la réalisation de bénéfices par définition même (article 1832 Code Civil). Cependant, il existe, dit-on, des sociétés « dans lesquelles le but principal des associés est de devenir propriétaires d'immeubles, d'opérer un placement immobilier analogue à celui que ferait un individu agissant isolément ». Les bénéfices recueillis dans ces sociétés sont constitués « surtout par le revenu de l'immeuble, sans autre travail que l'administration du propriétaire ». Telles sont, par exemple, les sociétés qui ont pour objet l'acquisition d'immeubles destinés à la location, l'acquisition d'un bois pour en vendre les coupes dans les conditions où le font ordinairement les propriétaires. Quelle sera la nature des parts de ces sociétés ? Restera-t-elle en suspens jusqu'à l'événement du partage ? Non. On doit supposer que le législateur n'a pas voulu consacrer une solution aussi pleine d'inconvénients. On reprend alors le principe sur lequel se base, dit-on, l'article 529 et, l'appliquant aux parts des sociétés dont s'agit, on arrive à un résultat inverse : l'élément prédominant dans ces sociétés étant pour les associés le fait de devenir propriétaires d'immeubles, le droit de ceux-ci, leur part sociale, sera entièrement immobilier, même si le fonds social comprend des choses mobilières, car ces choses mobilières ne sont en ce cas que l'accessoire².

1. En ce sens que l'art. 529 vise les compagnies d'industrie civiles aussi bien que commerciales : Cass. Belge 3 avril 1853, Pasier. 1853, I, 288 (motifs).

2. Cf. TOULLIER, XII, n° 99, d'après lequel « si les profits et les bénéfices d'une entreprise n'avaient originairement pour objet que des immeubles, par exemple, une association formée pour acquérir des terres nouvelles

Il faut même déclarer immobilières les parts dans ces sociétés qui auraient revêtu une forme commerciale, par exemple la forme d'une société en nom collectif, et acquis ainsi la personnalité civile ; seule, en effet, l'intention des parties doit être prise en considération et elle ne change pas du fait que les associés ont adopté une forme commerciale. Toutefois, on n'ira pas jusqu'à déclarer immobilières les actions dans les sociétés foncières constituées par actions pour acquérir et louer des immeubles : le but principal des associés dans ces sociétés est d'obtenir des dividendes et non de devenir propriétaires de tels immeubles déterminés. Aussi, les actions de ces sociétés seront-elles mobilières conformément à l'article 529 du Code Civil.

17. Cette explication de l'article 529 est, certes, des plus ingénieuses. En raison des conséquences différentes auxquelles elle aboutit sur le point de savoir quelles parts sociales entreront dans l'actif de la communauté légale, il y a lieu d'examiner si elle doit être préférée ou non à l'explication classique.

Le système de M. Mongin en lui-même est bien ordonné. Son fondement étant admis, il ne semble guère devoir soulever de critiques ; il pourrait donner lieu, peut-être, dans certains cas à des divergences d'appréciation sur l'intention des parties ; mais ce ne seraient que des questions de détail. Le seul fait que le système classique en lui-même prête, au contraire, à certaines objections ne le rend-il pas moins clair, d'une logique plus douteuse, et partant moins solide que le système nouveau ? A la vérité, cette considération, importante en législation, ne saurait suffire à déterminer notre choix sur le terrain du droit positif. Nous n'avons pas à rechercher la valeur intrinsèque de tel ou tel système, mais celui qui paraît correspondre le mieux à la pensée du législateur.

dans la république de Colombie, les défricher et les mettre en valeur » les actions de cette société seraient immobilières « en conséquence des principes établis par les articles 526 et 529, parce que l'association n'aurait pour objet que de se procurer la propriété de ces terres, dont les produits ne sont que les accessoires ». D'autre part, cet auteur estime que les actions ou intérêts dans les compagnies visées par l'art. 529 sont immobiliers en tant qu'ils portent sur des immeubles appartenant à ces compagnies, mais non nécessités par l'exploitation, et ne pouvant dès lors être considérés comme des accessoires de l'entreprise (XII, n° 98).

En l'espèce, le problème se pose en ces termes : le législateur a-t-il entendu fonder la disposition de l'article 529 sur la personnalité des sociétés, ou sur la prédominance des meubles ou des immeubles sociaux dans l'intention des parties.

L'esprit de la loi résulte tant des autres textes qui traitent de la matière ou des matières touchées par la disposition en question, que des travaux préparatoires.

18. Voyons d'abord les textes.

L'explication de l'article 529 proposée par M. Mongin aurait pour corollaire l'attribution du caractère immobilier aux parts de toutes les sociétés dans lesquelles les immeubles, aux yeux des associés, joueraient un rôle prépondérant. Or, nulle part la loi n'a proclamé que les parts de ces sociétés seraient immobilières. On ne saurait le déduire de l'article 529 que par un raisonnement ingénieux certes, mais qui ajoute au texte. Il est bien difficile d'admettre que le législateur ait exprimé sa volonté d'une manière aussi incomplète.

Du moins, si l'on n'ose pas accepter cette contre partie de l'article 529, la nouvelle explication proposée peut-elle être limitée à la disposition expresse que cet article contient, et lui convient-elle mieux que l'explication courante ? Remarquons de suite qu'en donnant à cette nouvelle explication cette portée restreinte on aboutit à un défaut d'harmonie dans la détermination du caractère mobilier ou immobilier de la part sociale. Le législateur, si l'idée qu'on lui prête est véritablement la sienne, n'en aurait pas déduit toutes les conséquences, il n'en aurait fait qu'une application partielle. Pourquoi étendre à la part sociale tout entière la nature de son élément prédominant, lorsque celui-ci est mobilier et ne pas le faire, lorsqu'il est immobilier ? Objectera-t-on la plus grande difficulté de circulation des immeubles ? Mais la circulation d'un bien mixte n'est-elle pas entravée davantage encore par les complications qu'engendre sa nature hybride ? Attribuer le caractère immobilier à une part sociale dont l'élément prépondérant est immobilier eût constitué une mesure de simplicité que semblait appeler l'attribution du caractère mobilier à la part sociale dont l'élément prépondérant est mobilier.

En résumé, si le législateur s'est inspiré dans l'article 529 de la théorie de l'accessoire, il encourt de toute façon la critique : s'il a voulu en faire découler seulement le caractère

purement mobilier de la part sociale, son système de détermination du caractère mobilier ou immobilier de la part sociale manque d'unité ; s'il a entendu que cette théorie entraînât également le caractère purement immobilier de la part sociale, il a eu tort de ne pas le dire.

Il s'exprime, au contraire, d'une manière qui s'harmonise parfaitement avec l'idée qu'il concerne les sociétés douées de personnalité. L'incidente « encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies » ne suppose-t-elle pas la personnalité de ces compagnies ? Si les immeubles leur appartiennent, c'est qu'elles sont des personnes morales.

19. Les textes semblent donc favorables à l'interprétation classique plutôt qu'à celle qu'on veut lui substituer. Celle-ci, du moins, trouve-t-elle des assises plus solides dans les travaux préparatoires ? Elle invoque l'autorité de Treilhard qui a présenté au Corps Législatif, dans sa séance du 25 nivôse, an XII, la même explication qu'elle de l'article 529, ainsi qu'il résulte, dit-elle, du passage que nous avons rapporté ci-dessus. Elle ajoute que « l'idée d'une différence fondée sur la personnalité morale n'est exprimée ni dans les discussions au Conseil d'Etat, ni dans l'exposé des motifs fait par Treilhard au Corps Législatif ; on ne la voit apparaître que dans le rapport de Goupil au Tribunat¹ ». Nous nous permettrons d'émettre un avis différent. Le livre II du projet du Code Civil fut présenté par Treilhard au Conseil d'Etat dans sa séance du 20 vendémiaire an XII et la discussion qui s'ensuivit relativement à l'article 523, devenu dans la rédaction définitive l'article 529, se clôtura par ces déclarations :

« Le consul Cambacérès... propose de décider que l'action est meuble toutes les fois qu'elle ne donne pas droit à la propriété d'immeubles.

« M. Tronchet partage l'opinion du consul : il pense qu'en principe l'action est meuble lorsqu'elle ne rend pas propriétaire des immeubles, et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites contre la société.

« Cette distinction est adoptée². »

Mais si l'action ne rend pas propriétaire des immeubles

1. MONGIN, *op. et loc. cit.*

2. FENET, t. XI, p. 15 et s.

et ne soumet pas aux demandes qui peuvent être faites contre la société, c'est que celle-ci forme une personne morale. Le Conseil d'Etat a donc entendu faire dépendre le caractère mobilier des actions et intérêts de la personnalité morale de la société. Cette opinion a été confirmée par Treilhard lui-même, lorsqu'il revint présenter au Conseil d'Etat, à la séance du 4 brumaire, an XII, le titre 1^{er} du livre II du projet du Code Civil, remanié conformément aux amendements adoptés à la séance du 20 vendémiaire, an XII. Après avoir lu le texte nouveau, « il ajoute qu'à l'article 523 (devenu l'article 529) on était convenu de distinguer entre le corps de l'association et les individus qui la composent. Aucun d'eux n'est propriétaire des immeubles ; ce ne sont que des accessoires de la société, et, en quelque sorte, des instrumens de l'entreprise. Quant aux actions, elles sont mobilières, et il est nécessaire de leur conserver cette qualité, parce qu'il importe d'en faciliter la circulation...¹ ».

Le titre 1^{er} du livre II du projet du Code Civil, rédigé définitivement par le Conseil d'Etat, fut présenté par Treilhard au Corps Législatif dans sa séance du 25 nivôse, an XII, et c'est alors que Treilhard donne de l'article 529 l'explication invoquée par M. Mongin, que nous reproduisons plus haut.

Ce titre fut ensuite communiqué officiellement au Tribunat par le Corps Législatif, et dans son rapport à la séance du 29 nivôse, an XII, Goupil-Préfeln dit notamment en ce qui concerne l'article 529 :

« Chacune de ces compagnies est une personne morale qui agit, administre et régit les affaires de l'association d'après les statuts qui règlent le nombre, la qualité et les attributions de chacun de ses agens ; ceux-ci, en se conformant à leur mandat, obligent l'association, et le résultat de leurs opérations peut être de créer des hypothèques, et par une suite inévitable, de donner lieu à des poursuites en expropriation forcée des immeubles appartenant à l'association et qui conservent leur qualité d'immeubles sous tout autre rapport que celui des actionnaires considérés individuellement. Chacun des sociétaires ou des intéressés ne pourrait sans doute hypothéquer sa portion virile dans ces immeubles, et son droit se borne à demander, soit son dividende d'après le contrat de société, soit, lors de la dissolution de la société, la liquida-

1. FENET, t. XI, p. 24.

tion de sa portion afférente dans l'association ; mais tant que dure la société, il n'est pas propriétaire de sa portion de l'immeuble dont il ne peut user, mais de sa portion dans la valeur de cet immeuble. C'est donc avec raison que le projet de loi statue que, pendant la durée de la société, et relativement à chaque sociétaire seulement, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie sont meubles quand même des immeubles dépendraient de ces entreprises¹ ».

Enfin, le projet adopté par le Tribunal dans sa séance du 11 pluviôse, an XII, fut soumis au Corps Législatif et le tribun Savoie-Rollin dans son discours devant cette assemblée à la séance du 4 pluviôse, an XII, présenta relativement à l'article 529 les observations suivantes :

« Ce n'est là qu'une nouvelle application de la règle adoptée pour les actions sur les immeubles : la mesure d'un droit est l'acte même auquel il se rapporte, l'espèce de l'acte détermine toujours l'espèce du droit. C'est dans l'ignorance de ce principe qu'on a été partagé si longtemps sur la question de savoir si les rentes sur l'Etat étaient meubles ou immeubles ; les actions dans les compagnies de finance, de commerce subissent aussi le joug de la même règle : les bénéfices du commerce sont des mobiliers ; on prévoit même le cas où ces compagnies, auraient, dans leurs spéculations commerciales acquis des immeubles. Nul doute que ces immeubles ne changeraient pas de caractère à l'égard des tiers ; mais ils seraient convertis en meubles à l'égard des associés pendant toute la durée de l'acte social : c'est le même principe poussé dans ses dernières conséquences ».

Le Corps Législatif rendit son décret d'adoption dans la même séance et la promulgation eut lieu le 14 pluviôse, an XII.

Que conclure de ces diverses opinions émises par les auteurs de notre Code Civil à propos de l'article 529 ? Ne s'en dégage-t-il pas une idée dominante ?

Il semble bien que c'est l'explication par la personnalité qui ressorte comme la principale. Elle a été adoptée expressément par le Conseil d'Etat et elle a été reprise par Goupil Préfeln dans son rapport au Corps Législatif. Ce n'est donc

1. FENET, t. XI, p. 45 ; Locré, t. VIII, p. 66.

pas celui-ci, comme on le prétend, qui l'a soutenue pour la première fois, et elle ne peut apparaître par suite comme une opinion isolée, nouvelle dans la discussion. Sans doute, Treilhard dans son exposé des motifs au Corps Législatif et le tribun Savoie-Rollin dans son discours devant la même assemblée ne font-ils pas allusion à la personnalité pour justifier l'article 529 et paraissent se référer seulement à la prédominance de l'élément mobilier dans les actions et intérêts des sociétés visées par lui. Mais il y a lieu de rapprocher le passage du rapport de Treilhard au Corps Législatif des déclarations qu'il avait faites précédemment à la séance du Conseil d'Etat du 4 brumaire, an XII.

Il disait alors « qu'à l'article 523 (529) on était convenu de distinguer entre le corps de l'association et les individus qui la composent. Aucun d'eux n'est propriétaire des immeubles ; ce ne sont que des accessoires de la société, et, en quelque sorte, des instrumens de l'entreprise ».

Et il dit au Corps Législatif : « ... Et la règle est juste même lorsque les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ont dû acquérir quelques immeubles pour l'exploitation de l'entreprise : cette entreprise est toujours le principal objet de l'association, dont l'immeuble n'est que l'accessoire... »

Treilhard aurait donc changé d'avis. Lequel choisir, alors ? C'est bien plutôt celui exposé au Corps Législatif qui semble être une opinion nouvelle dans la discussion, et isolée, puisque l'autre a reçu l'approbation expresse du Conseil d'Etat, tandis que le Corps Législatif, s'il a adopté le texte de l'article 529 par un vote d'ensemble, n'a pas manifesté l'intention de s'en référer à l'explication par la prédominance de l'élément mobilier plutôt qu'à celle par la personnalité. Mais Treilhard a-t-il vraiment changé d'avis ? Il faut interpréter les deux opinions émises par lui l'une par l'autre. Dans chacune d'elles il exprime cette idée que les immeubles sont les accessoires de la société, les instruments de l'entreprise. Et s'il se contente de dire cela au Corps Législatif, il ajoute au Conseil d'Etat : « Aucun d'eux (les associés) n'est propriétaire des immeubles ». Voilà ce qui, selon nous, précise sa pensée. Pour lui, les immeubles dans les compagnies visées par l'article 529 sont les accessoires de l'entreprise et ils sont en même temps la propriété de la compagnie et non des associés. Dans sa pensée, ces deux traits sont liés ensemble. S'il n'a indiqué que le caractère accessoire au Corps Législatif, c'est peut-être parce qu'il a

estimé qu'il faisait image davantage et que la non-propriété des associés en était inséparable. Il ne semble pas avoir voulu innover, mais reproduire l'explication qu'il avait déjà donnée au Conseil d'Etat en développant un côté qu'il n'avait fait que signaler. Il dit, d'ailleurs, au Corps Législatif : « Et la règle est juste, même lorsque les compagnies de commerce, de finance et d'industrie ont dû acquérir quelques immeubles pour l'exploitation de l'entreprise ». Si ce sont les compagnies qui ont acquis les immeubles, ce sont elles qui en sont devenues propriétaires et non les associés, autrement dit elles constituent des personnes morales.

Quant au passage, relatif à l'article 529, du discours du tribun Savoie-Rollin au Corps Législatif, venant en dernier dans la discussion, il ne saurait être considéré que comme une référence à l'explication de Treilhard. En tout cas, il ne la conteste pas. Au reste, il est laconique et manque de précision. On ne doit pas en conséquence y attacher une importance particulière.

Ainsi donc, il apparaît bien que l'on a voulu faire dépendre de la personnalité des sociétés le caractère mobilier des actions ou intérêts. L'explication par le caractère accessoire des immeubles ne peut être regardée que comme complémentaire, comme constituant une observation subsidiaire, personnelle à ceux qui l'ont émise. Au contraire, l'explication par la personnalité a l'autorité du Conseil d'Etat. Aussi n'hésitons-nous pas à déclarer qu'elle représente véritablement l'esprit de la loi, car c'est au sein de cette assemblée seulement que l'on a discuté le fondement de l'article 529 et celui auquel on s'est arrêté, qui apparaît bien comme le plus solide, n'a pas été rejeté par la suite.

Si néanmoins on persistait à faire prévaloir l'explication par la théorie de l'accessoire, on ne saurait donner à cette dernière, dans ce domaine, l'ampleur que lui a accordée M. Mongin. Les autorités citées en sa faveur ont eu recours à elle seulement pour justifier le caractère mobilier des actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie, mais n'ont pas dit que corrélativement, par application du même principe, on devrait déclarer immeubles les parts des autres sociétés où les immeubles jouent un rôle prépondérant, et ce serait forcer le sens de leurs paroles que d'avancer qu'ils ont entendu consacrer cette solution. Elle eût été cependant la conséquence logique du principe « acces-

sorium sequitur principale ». Le fait de n'en avoir pas tiré cette déduction prouve l'importance secondaire qu'ont attachée à ce principe ceux qui l'ont invoqué lors des travaux préparatoires et corrobore par cela même l'opinion classique¹.

20. Si donc la loi dans l'article 529 C. Civ. a voulu attacher le caractère mobilier des parts sociales — actions et

1. M. MONGIN n'a pas invoqué, mais aurait pu encore invoquer, il est vrai, en faveur de sa thèse, la tradition. D'après MERLIN (*Questions de Droit*, V^o *Substitution fidei-commissaire*, section VI, § I, art. III, n^o 3, p. 531 (5^e édit., t. XVI), un intérêt dans une manufacture de glaces a été jugé mobilier par le Parlement de Paris (arrêts des 5 janvier 1781 et 27 août 1781), cet intérêt n'étant que la « co-propriété de ce qui compose la manufacture, c'est-à-dire du privilège qui est mobilier, des outils, ustensiles, matières premières, glaces fabriquées, fonds en caisse, créances et obligations sur particuliers, et enfin de l'emplacement et des bâtiments qui n'étant que l'accessoire de la manufacture, sont mobiliers comme elle ». Par contre, les actions du marché aux veaux ont été jugées immobilières, parce que les fonds principaux de cette compagnie consistaient en immeubles (MERLIN, V^o *Action-Actionnaire*, p. 30). Mais ces solutions paraissent reposer sur cette idée que les associés sont co-propriétaires des fonds sociaux. « Il s'en faut donc de beaucoup, dit MERLIN (V^o *Action-Actionnaire*, p. 30), que les arrêts dont on nous a parlé aient rien jugé de contraire au principe reconnu dans tous les temps et dans tous les lieux, qu'une action dans une manufacture exploitée par une compagnie, n'est que la co-propriété de cette manufacture elle-même. Bien loin de là, ils n'ont fait que confirmer ce principe puisqu'ils ont fait dépendre de la qualité mobilière ou immobilière des fonds de la manufacture la question de savoir si les actions formaient des meubles ou des immeubles dans les mains des actionnaires ». Est-ce à dire que les sociétés dont il s'agit n'étaient pas douées de la personnalité morale dans notre ancien droit ? Nous examinerons cette question plus loin. Disons cependant, de suite, que tout en admettant la personnalité de ces sociétés, on pouvait ne pas avoir encadré dégagé toutes les conséquences auxquelles elle conduisait. C'est surtout dans les rapports de la société avec les tiers qu'elle est appelée à se manifester. On a pu l'oublier, ou même penser qu'elle n'avait plus sa raison d'être, lorsque l'intérêt des tiers ayants-cause de la société n'était pas en jeu. Ainsi est-il possible d'expliquer que l'on ait attribué aux parts dans les sociétés précitées la nature mobilière ou immobilière du principal élément de l'actif social, sans tenir compte de la personnalité de ces sociétés. Mais la personnalité de la société ne peut, logiquement, laisser subsister un droit de co-propriété, même limité, des associés sur les choses sociales, et entraîne nécessairement, comme nous allons le montrer au texte, le caractère mobilier des parts sociales. C'est ce qu'ont reconnu les rédacteurs du *Code Civil* en écrivant l'article 529, et la majorité des interprètes à leur suite.

intérêts — à la personnalité de la société, comme il nous paraît résulter nettement des travaux préparatoires, elle n'a pas fait œuvre arbitraire, ainsi que nous allons essayer de le démontrer à présent.

La personnalité de la société, dit-on, n'empêche pas que chaque associé a un droit sur le fonds social qui, pour ne s'exercer qu'à la dissolution de la société, n'en existe pas moins pendant sa durée, puisqu'il dérive du contrat de société. Or, ce droit ne peut être qu'un droit réel, un droit de propriété, même pendant la durée de la société, car on ne conçoit pas que le seul fait de la dissolution puisse le faire changer de nature.

En admettant cette manière de voir il ne nous semble pas impossible de justifier l'attribution du caractère mobilier aux parts des sociétés douées de personnalité. Pendant la durée de la société, le seul droit exercé par les associés est un droit sur les bénéfices, c'est-à-dire un droit de créance purement mobilier. Cela n'est contesté par personne. N'est-il pas naturel que le législateur n'ait considéré que ce droit pour déterminer la nature de la part sociale pendant la durée de la société¹. On objecte, certes, qu'on ne peut faire abstraction d'un droit qui a une existence certaine, qui est compris dans la valeur de la part sociale, lorsque la société vit. Il n'en est pas moins vrai qu'alors le droit sur le fonds social passe au second plan, que le droit principal de l'associé est le droit sur les bénéfices. Il est par suite légitime que ce dernier communique à la part sociale tout entière sa nature. Mais, nous répondra-t-on, c'est là une application de la théorie de l'accèssoire. A quoi bon avoir pris tant de peine à la répudier pour y revenir par une autre voie. Précisons : nous n'entendons pas en faire une application intégrale, comme on nous le propose, voir en elle le seul criterium du caractère mobilier ou immobilier de la part sociale. Nous la subordonnons à la personnalité. Nous ne l'employons que comme auxiliaire de celle-ci. Dans une société personnifiée, pendant la durée de la société, le droit sur les bénéfices recouvre complètement le droit sur le fonds social. Ce dernier ne s'éveille, en quelque sorte, qu'à la dissolution de la société. Au contraire, dans les sociétés non personnifiées, l'associé a, pendant la durée de la

1. LYON-CAEN, note sous Paris 18 août 1881, S. 1882, 2, 25 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 143.

société, un droit de copropriété indivise sur le fonds social, portant immédiatement sur lui ; ce n'est plus un droit à échéance lointaine ; aussi son importance, en raison même de l'objet actuel de l'un et de l'autre, apparaît déjà supérieure à celle du droit sur les bénéfices. Nous apprécions ainsi l'importance respective du droit sur les bénéfices et du droit sur le fonds social, *durante societate*, d'après la force, l'intensité que l'analyse juridique nous révèle être la leur propre, et non d'après l'intention des parties. Ce terrain nous semble beaucoup plus solide. Et c'est, à n'en pas douter, celui sur lequel s'est placé Treilhard dans son exposé des motifs au Corps Législatif.

21. Mais nous pensons qu'il n'est pas besoin de recourir, même sous ce rapport, à la théorie de l'accessoire pour justifier la nature mobilière des parts dans les sociétés personnifiées. Repoussant l'idée de droit de créance on veut voir dans le droit de l'associé sur le fonds social, *durante societate*, un droit de propriété. Mais comment concilier ce droit de propriété de l'associé avec celui concurrent de la personne morale ? On s'y est efforcé de plusieurs manières.

Le droit de l'être moral, a-t-on dit, ne résulte que d'une fiction. Il est destiné seulement à satisfaire aux besoins qui ont déterminé sa création, c'est-à-dire à assurer le bon fonctionnement de la société ; mais, ce rôle rempli, il s'efface devant le droit des associés qui ne se trouve, en réalité, que limité dans l'intérêt de la société¹. — Observons d'abord que la théorie, qui regarde la personnalité morale comme une fiction du législateur, est aujourd'hui très fortement critiquée. En tout cas, nous saisissons difficilement la nature de ce droit restreint de la personne morale, qui ne rentre dans aucune catégorie existante. La fiction, si fiction il y a, n'est admissible qu'à la condition d'imiter ce qui est, sinon elle est abusive. Or, rien dans les textes ne nous montre la reconnaissance de cette espèce particulière de droit.

On a soutenu aussi que la société n'avait que l'administra-

1. PARDESSUS, *Cours de Dr. comm.*, t. III, n°s 992 et suivants ; BESLAY et LAURAS, *Comment. du C. Comm.*, t. V, n°s 31 et s. ; TROPLONG, *Du cont. de Soc.*, t. I, n° 70 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, *Les Sociétés par actions*, t. I, n° 56 ; MONGIN, *op. et loc. cit.* ; Paris 11 janvier 1895, S. 1897, 2, 241, note de M. TISSIER en sens contraire.

tion du fonds social avec de larges pouvoirs de disposition¹. Cette conception ne paraît pas plus que la précédente, dont elle est très voisine, être en harmonie avec notre droit positif.

En réalité, ces deux opinions tendent vers la doctrine de la propriété collective, dont nous parlerons plus loin, et qui ne nous semble pas pouvoir être admise dans notre droit.

Du moins, s'il n'est pas possible de reconnaître aux associés un droit de propriété actuel sur le fonds social, pendant la durée de la société, ne pourrait-on pas dire qu'ils ont un droit de propriété à terme, dont l'exercice est différé à la dissolution de la société ?

Un droit de propriété, même à terme, doit porter sur un corps certain. Or, au cours de la société, on ne peut déterminer les biens sur lesquels s'exercera ce droit de l'associé : le fonds social est sujet à variation, il ne sera définitivement fixé qu'à la dissolution.

22. Cependant le droit qui permettra à l'associé d'en prendre une part à ce moment existe dès auparavant. Quelle est alors sa nature ?

Lui refusant l'étiquette de droit de propriété, M. Beudant ne voulait pas davantage lui accorder celle de droit de créance, car les associés, disait-il, sont tenus des dettes sociales indéfiniment ou à concurrence de leurs mises et ne peuvent provoquer la faillite de la société. Il concluait de là que la part sociale constituait un droit *sui generis*². En législation, sans doute, on conçoit la possibilité d'un tel droit. Mais notre droit positif actuel ne reconnaît comme droits patrimoniaux, en dehors des droits intellectuels établis par des textes spéciaux, que le droit réel et le droit de créance. Le droit de l'associé, ne se rencontrant pas parmi les droits intellectuels, doit donc rentrer dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

Nous sommes ainsi placés dans l'alternative, de choisir entre la nature réelle ou la nature personnellé du droit de l'associé. Nous venons de voir les graves objections auxquelles se heurtaient les systèmes qui le considéraient comme un droit réel. N'est-il pas plus logique, quoiqu'on en ait dit, de le regarder comme un droit de créance. Le fait d'être tenu

1. MONGIN, *op. et loc. cit.*

2. BEUDANT, *Rev. Crit.*, 1869, t. XXXIV, p. 154 ; Cf. COLIN et CAPITANT, I, p. 703 (3^e éd.).

des dettes sociales et de ne pouvoir mettre en faillite la société ne prouve pas une incompatibilité de nature entre le droit de créance et le droit de l'associé ; il s'explique, comme nous allons le voir, par l'objet spécial de ce dernier. Le droit de l'associé dans une société personnifiée semble, en effet, s'analyser de la manière suivante : en échange de son apport à la société, celle-ci s'engage à donner à l'associé une part des bénéfices qu'elle réalisera pendant son cours et une part des biens qu'elle laissera à sa dissolution. Tant qu'elle dure, les biens sociaux appartiennent à l'être moral qu'elle constitue ; l'associé n'a donc qu'un droit de créance vis-à-vis d'elle, portant d'une part sur une portion des bénéfices, de l'autre sur la valeur d'une portion des biens qui existeront à sa dissolution. Ces deux objets sont mobiliers, le premier, par sa nature, et le second, en raison de son indétermination. On comprend ainsi aisément, et sans avoir recours à la théorie de l'accessoire, que le droit de l'associé, la part sociale — action ou intérêt — pendant la durée de la société soit meuble¹. L'être social, avant de mourir, — et nous aurons à déterminer l'heure de sa mort : dissolution de la société ? fin de la liquidation ? — se libérera de sa dette envers les associés, soit en leur transférant en bloc tout l'actif qu'il possédera alors

1. On a dit, cependant, que la conception du droit de l'associé sur le fonds social comme un droit de créance n'entraînait pas nécessairement le caractère mobilier de ce droit : le caractère mobilier ou immobilier d'un droit de créance, tout comme celui d'un droit réel, se détermine par la consistance mobilière ou immobilière de son objet. En conséquence, le droit de l'associé devrait être meuble, en tant que les biens sociaux sur lesquels il porterait seraient meubles, et immeubles, en tant que ceux-ci seraient immeubles, et cette appréciation, évidemment ne pourrait se faire qu'à la dissolution, ou même au partage, de la société. Jusque-là, la nature du droit de l'associé serait suspendue (Ricol, *La propriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse 1907, p. 201 et s.). Nous ne saurions adopter cette manière de voir. L'objet du droit de créance de l'associé ne consiste jamais en des choses corporelles déterminées ; c'est, jusqu'à son extinction, une valeur, chose abstraite. Les biens meubles ou immeubles, que reçoit l'associé en paiement de cette valeur, n'ont à aucun moment fait l'objet spécial de son droit de créance. Ainsi celui-ci rentre dans la classe des meubles incorporels, car « pour les droits, le caractère mobilier est la règle ; le droit considéré comme immeuble est une exception. On doit donc laisser dans la catégorie des meubles tous ceux dont la nature immobilière n'apparaît pas clairement ». (PLANIOL, I, n° 2244).

et qui deviendra ainsi leur propriété indivise, soit, si cet actif a été entièrement réalisé, en leur distribuant une somme d'argent à chacun. Ce transfert ou cette distribution apparaît donc comme une dation en paiement ou un paiement.

Cette manière de voir n'est-elle pas, au surplus, formellement reconnue par la loi du 5 juin 1850 sur le timbre, qui, dans son article 25, prévoit des « actions dont la cession n'est parfaite, à l'égard de tiers, qu'au moyen des conditions déterminées par l'article 1690 du Code Civil ». Qu'est-ce à dire, sinon que, pour le législateur, les actions sont propres à être des droits de créance¹ ?

23. Nous croyons avoir ainsi démontré que l'article 529 du Code Civil consacre le caractère mobilier des parts — actions ou intérêts — des sociétés douées de personnalité. Cette conclusion paraît résulter tant des travaux préparatoires que du texte même. Elle seule s'adapte exactement à la nature des droits de l'associé dans ces sociétés.

Ce principe établi nous indique la marche à suivre pour déterminer les parts sociales qui sont purement mobilières et qui par suite vont entrer en totalité dans la communauté légale : il faut rechercher si les sociétés dont elles dépendent ont la personnalité morale. Nous aurons ensuite à examiner comment se détermine le caractère mobilier ou immobilier et, par suite, l'entrée en communauté ou l'exclusion de la communauté des parts dans les sociétés dénuées de personnalité.

SECTION II

Parts sociales auxquelles s'applique la règle de l'article 529

24. Nous ne pouvons, en vue de déterminer les sociétés investies de la personnalité morale — celles auxquelles s'applique l'article 529 C. Civ., — nous livrer à une étude sur la question de la nature de la personnalité morale. Ce problème,

1. PONT, n° 2115 ; BOISTEL, *Pr. de dr. comm.*, n° 165 ; NYSSENS et CORBLAU, *Tr. des soc. comm.*, I, n° 180 ; THALLER et PIC, I, n° 223 ; ARTHUYS, n° 122 ; PLANIOL, I, n° 2259 ; MEYNIAL, note sous Cass. Req. 2 mars 1892, S. 1892, I, 497 ; TISSIER, note sous Paris 11 janvier 1895, S. 1897, 2, 241 ; HOUFIN, *J. Soc.* 1898, 44.

que pendant longtemps une doctrine unique a tranché, a depuis une cinquantaine d'années, sous l'impulsion des écoles allemandes, donné lieu à de vives controverses et à de nombreux systèmes. Leur exposé et leur discussion rempliraient des volumes. En somme, la notion de personnalité morale dépend de celle de sujet de droit¹. Elle ressort du domaine de la philosophie du droit. Le cadre de notre travail ne comporte pas d'incursion dans ce domaine. Au reste, les divergences doctrinales, qui existent à ce sujet, ont une portée pratique restreinte². Les théories les plus différentes s'accommodent des mêmes solutions³. Pour ce qui est particulièrement de la question qui nous intéresse ici, elle se rapporte au champ d'application de la personnalité morale dans notre droit positif. Or, quelque opinion que l'on professe sur la nature de la personnalité morale, qu'on la considère comme une fiction de la loi, ou comme une réalité soit objective, soit technique, ou qu'on rejette purement et simplement le concept de personnalité morale, on admet toujours l'intervention législative⁴. Sans doute, on ne la conçoit pas de la même manière : on lui attribue une puissance créatrice dans la théorie de la fiction⁵ ; on ne lui accorde qu'une mission de contrôle et de reconnaissance dans la théorie de la réalité objective ou technique⁶, ainsi que dans la théorie de la propriété collective⁷, ou du patrimoine d'affectation. Quoiqu'il en soit, sauf dans les systèmes extrémistes⁸, on subordonne la formation des personnes morales ou des prétendues per-

1. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{re} éd., I, n^{os} 31 et suiv. ; DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., §§ 37, 40, 41 ; L. CRÉMIEU, *Les théories modernes sur la personnalité juridique*, Ann. de droit commercial, 1910, p. 296 et s.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Des Personnes*, I, n^o 296 bis, I ; PLANIOL, I, n^o 3019 ; COLIN et CAPITANT, I, p. 653 et s. (3^e éd.).

3. MICHOD, *Ann. de l'Univ. de Grenoble*, 1895, p. 37.

4. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, I, n^o 297 ; BOURCART, note S. 1918-19, 2, 73, v. not. p. 77, 1^e col.

5. DE SAVIGNY, *Traité de droit Romain*, II, p. 276.

6. MICHOD, *op. cit.*, I, n^{os} 50, 52, 58.

7. PLANIOL, I, n^o 3032.

8. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les Personnes Morales* ; LAPLACE, *De la capacité des associations contractuelles*, thèse 1903.

sonnes morales à la volonté du législateur, qui peut, d'ailleurs, être expresse ou tacite. Nous allons donc rechercher quelles sont, d'après notre droit positif, les sociétés qui sont douées de la personnalité morale — ou d'une autonomie patrimoniale équivalente¹ — et conséquemment quelles parts sociales sont mobilières et entrent dans la communauté légale. Nous

1. Il y a lieu, cependant, de remarquer que l'explication de l'article 529 adoptée par nous s'accorde mieux avec les théories à base de personnalité (réalité ou fiction) qu'avec la théorie de la propriété collective. Dans cette dernière, les associés ont, pendant la durée de la société, un droit de co-propriété sur les biens de la société. Quoiqu'il soit d'une nature spéciale, différente de la co-propriété indivise, il n'en est pas moins vrai que logiquement il devrait prendre la nature mobilière ou immobilière des biens sur lesquels il porte (JOSSEMAND, *Essai sur la propriété collective*, Liv. du Centenaire, t. I^{er}, p. 357 et s.). Néanmoins, comme ce droit ne confère à l'associé aucun avantage privatif sur les dits biens, n'attribue aucune part sur eux, on comprend qu'il s'efface devant le droit aux bénéfices pour laisser se répandre le caractère mobilier de ce dernier sur la part sociale tout entière. C'est une explication analogue à celle admise par ceux qui, malgré la personnalité, concèdent un droit réel à l'associé pendant la durée de la société. Elle utilise la théorie de l'accessoire en se basant pareillement sur l'intensité juridique actuelle comparée des droits en présence, ce qu'au besoin nous admettons, et non sur leur importance effective d'après l'intention des parties, ce que, pour les raisons déjà énoncées, nous ne pouvons admettre. Il faut, enfin, noter que M. PLANIOL adapte à la théorie de la propriété collective notre explication de l'art. 529, fondée sur le droit de créance de l'associé, sous prétexte que la propriété collective aboutissant à séparer les biens qui lui sont soumis de ceux possédés en propre par l'associé créerait ainsi un patrimoine distinct de celui de l'associé, susceptible d'avoir avec ce dernier des rapports d'obligation (PLANIOL, I, n° 2259). Cependant, la notion de propriété collective nous semble incompatible avec la nature de droit de créance du droit de l'associé. La séparation entre le patrimoine collectif et le patrimoine personnel des associés se fait, dans la doctrine de la propriété collective, par la limitation du droit de propriété de l'associé sur les choses sociales dans l'intérêt commun. Mais ce droit qui continue à résider sur la tête de l'associé, si restreint soit-il, ne peut avoir qu'une nature réelle. Il figure, ainsi limité, dans le patrimoine personnel de l'associé où il se convertit en droit de propriété privative par le partage. Cette conversion porte sur son étendue, non sur sa nature réelle ou personnelle. Sur qui, d'ailleurs, l'associé posséderait-il un droit de créance pendant la durée de la société si celle-ci ne formait pas une entité distincte ? Ce ne pourrait être que sur ses co-associés, or les choses sociales ne leur appartiennent pas plus qu'à lui. On est donc obligé de reconnaître à l'associé, pendant la durée de la société, un droit réel et non un droit de créance.

indiquerons, toutefois, sur les points qui feront difficulté, si la conception théorique de la personnalité morale n'est pas de nature à influencer sur la solution, et, en ce cas, quelle ou quelles conceptions nous semblent préférables.

§ 1^{er}. — *Parts dans les sociétés de commerce*

25. Parmi les grandes divisions des sociétés nous trouvons celle des sociétés civiles et des sociétés commerciales. Ces dernières sont, en fait, les plus importantes. Aussi notre attention se portera-t-elle en premier lieu sur elles. Ont-elles la personnalité morale ?

26. Et d'abord, qu'entend-on par sociétés de commerce ? Il est unanimement admis aujourd'hui que ce sont celles qui ont pour objet, au moins principal, des opérations commerciales¹. Nous nous bornerons à indiquer cette formule générale ; nous ne pouvons ici nous étendre plus longuement sur ce sujet, notamment définir l'acte de commerce ni passer en revue ses diverses espèces.

Nous signalerons seulement qu'en vertu de la loi du 9 septembre 1919, art. 5, l'exploitation des mines est considérée comme un acte de commerce, ce qui a pour effet de rendre commerciales toutes les sociétés minières, même celles qui, existant avant la loi du 9 septembre 1919, avaient le caractère civil, ainsi que le stipule expressément cette loi.

Nous signalerons, en outre, que l'article 39 de la loi de finances du 13 juillet 1925 considère « comme commerçante soumise à l'impôt sur le chiffre d'affaires et à l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux toute personne ou société se livrant à des opérations d'intermédiaire pour l'achat ou la vente des *immeubles* ou des fonds de commerce ou qui habituellement achète en son nom les mêmes biens dont elle devient propriétaire en vue de les revendre ». Les opérations dont s'agit, portant sur des immeubles, n'étaient pas réputées jusqu'alors, dans la doctrine qui depuis longtemps avait prévalu, actes de commerce². Les dispositions précitées de la

1. AUBRY et RAU, VI, § 379, texte et note 8 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, nos 92 et s. ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 144 ; WAHL, *Précis*, n° 122.

2. THALLER, n° 23 ; LYON-CAEN et RENAULT, I, n° 109 ; LACOUR et BOUTERON, n° 35.

loi du 13 juillet 1925 ayant un but essentiellement fiscal et rien n'indiquant dans les travaux préparatoires qu'on ait voulu leur attribuer une portée générale, ce qui eût engendré un changement considérable digne d'être expressément déclaré, on est très naturellement incliné à penser qu'elles constituent en faveur du fisc seulement une dérogation aux règles déterminatrices des actes de commerce, lesquelles continuent à exclure de ceux-ci, à tous autres égards, les dites opérations. Cependant un arrêt de la Cour de Caen du 30 avril 1926¹ décide que l'achat, la mise en état, la construction et la revente d'immeubles sont, aux termes de l'article 39 de la loi du 13 juillet 1925, des actes de commerce.

27. Les sociétés de commerce peuvent revêtir plusieurs formes :

la forme de société en nom collectif, société de personnes, dans laquelle les associés sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales ;

la forme de société en commandite simple, société de personnes, dans laquelle certains des associés — les commandités ou gérants — sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales, et les autres — les commanditaires — n'en sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises ;

la forme de société à responsabilité limitée, type intermédiaire entre la société de personnes et la société de capitaux, dans laquelle les associés sont garants des dettes sociales sur leurs mises seulement et ne peuvent céder librement leurs parts ;

la forme de société en commandite par actions, type hybride également comprenant deux catégories d'associés : les commandités qui sont responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales et ne peuvent céder librement leurs parts et les commanditaires, responsables des dettes sociales seulement sur leurs mises et pouvant céder librement leurs parts ;

la forme de société anonyme, société de capitaux, dans laquelle tous les associés sont garants des dettes sociales sur leurs mises seulement et peuvent librement céder leurs parts ;

la forme d'association en participation, société occulte n'ayant pas d'existence à l'égard des tiers.

1. S. 1927, 2, 150.

L'adoption de l'une de ces formes par une société à objet civil ne rend pas cette société commerciale.

La loi du 1^{er} août 1893 a apporté à ce principe une grave dérogation. Elle stipule que toute société (donc même à objet civil) qui est constituée sous la forme anonyme ou en commandite est commerciale. De même la loi du 7 mars 1925 (art. 3) dispose que toute société à responsabilité limitée est commerciale.

Il y a controverse sur le point de savoir si la loi du 1^{er} août 1893 vise l'adoption de la forme de la commandite simple aussi bien que de la forme de la commandite par actions. La Cour de Cassation s'est prononcée pour la négative¹.

La dite loi n'a pas d'effet rétroactif, de sorte que ne sont pas commerciales les sociétés civiles constituées sous la forme anonyme ou en commandite par actions antérieurement à sa promulgation. Mais elle a prévu dans son article 7 la faculté, pour les sociétés civiles existantes lors de sa promulgation et constituées sous d'autres formes, de se transformer en sociétés anonymes ou en commandite et de devenir ainsi commerciales. On étend généralement la même faculté aux sociétés civiles anonymes ou en commandite antérieures à la loi de 1893².

28. Nous ne nous occuperons ici que des sociétés à objet commercial ou devenues commerciales, malgré leur objet civil, conformément à la loi du 1^{er} août 1893. Pour la simplicité du langage nous les renfermerons les unes et les autres sous la même dénomination de sociétés de commerce.

Quant aux sociétés civiles à formes commerciales non visées par la dite loi, nous les examinerons avec les sociétés civiles ordinaires.

29. Les sociétés de commerce ont-elles la personnalité morale ? Aucun texte ne la leur accorde expressément. Cependant la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à la leur reconnaître, ou au moins à leur concéder une autonomie patrimoniale à peu près équivalente, sauf aux associations en participation (art. 49 C. Com.).

1. Cass. Civ. 3 janvier 1912, S. 1912, I, 129, D. P. 1912, I, 500 et sur renvoi Amiens 20 novembre 1912, D. P. 1913, 2, 273.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1088 ; ARTHUYS, n° 841 ; THALLER et PIC, n° 1762 ; THALLER, n° 761 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 1034.

30. La personnalité morale des sociétés de commerce est supposée, d'après l'opinion classique, par l'article 529 du Code Civil. Nous avons montré, en effet, que cet article devait être regardé comme établissant une conséquence de la personnalité des sociétés. Or, il vise les compagnies de finance, de commerce et d'industrie ; les sociétés de commerce sont au moins comprises, si même elles ne sont pas seules comprises, dans cette énumération.

On invoque aussi l'article 69, 6^o du Code de Procédure Civile. Il dispose que les sociétés de commerce, tant qu'elles existent, seront assignées en leur maison sociale. Cela implique qu'elles forment des personnes morales ; sinon, en vertu de la règle « nul ne plaide par procureur », chaque associé devrait être assigné individuellement. La section de législation du Tribunal a, d'ailleurs, expressément déclaré que « la loi ne peut avoir en vue que les assignations à donner à une société considérée comme être moral et collectif¹ ».

Le Code de Commerce contient également des dispositions qui prouvent la personnalité des sociétés de commerce.

Dans ses articles 438 et 531 il prévoit la faillite d'une société de commerce. Comment concevoir qu'une société puisse être mise en faillite distinctement des associés, si elle n'est pas une personne morale ?

Enfin, la loi du 24 juin 1921 qui a modifié l'article 49 C. Com. est venue confirmer cette opinion. Elle stipule que « l'association en participation ne constitue pas une personne morale ». Si les autres formes des sociétés de commerce n'étaient pas douées de la personnalité morale, à plus forte raison l'association en participation, sans existence vis-à-vis des tiers, ne le serait pas et cette disposition serait inutile. Au contraire, seules les associations en participation étant privées expressément de la personnalité morale, on doit en conclure qu'il s'agit là d'une exception, que par conséquent les autres sociétés commerciales ont la personnalité.

31. En consacrant la personnalité morale des sociétés commerciales nos Codes n'ont fait, dit-on généralement, que continuer une vieille tradition.

La personnalité de ces sociétés apparaît déjà dans les statuts des cités commerçantes italiennes du Moyen-Age. Une

1. LOCRÈS, XXI, p. 405.

décision de la Rote de Gênes, rapportée par Straccha, dit en effet : *Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*¹. On lit également dans Scaccia : *Aliud est corpus societatis et aliud est quilibet socius ipsius societatis*². Et les statuts de Gênes en tirent la principale conséquence, à savoir le droit de préférence des créanciers sociaux vis-à-vis des créanciers personnels des associés sur les biens de la société : *Creditores societatum mercatorum... in rebus et bonis societatum... praeferuntur quibuscumque aliis creditoribus sociorum singulorum... etiam dotibus*³.

La doctrine des Républiques italiennes a passé, dit-on, dans notre ancien droit. Ainsi en témoignent :

un arrêt du Parlement de Paris du 25 janvier 1677, qui, à l'instar du statut de Gênes, reconnaît aux créanciers sociaux un droit de préférence sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers des associés⁴ ;

et plusieurs passages d'Emerigón, à la fin du XVIII^e siècle : « Cette distinction ou scission se vérifie tous les jours vis-à-vis des sociétés de commerce. La société est une personne civile⁵ ». « La société est une personne civile qui a ses droits et ses attributs particuliers⁶ ».

32. Néanmoins une nouvelle doctrine s'est fait jour, qui met en doute la personnalité morale des sociétés de commerce dans notre ancien droit. Il était alors de principe, comme en droit romain, qu'une personne morale, une corporation, ne pouvait être formée sans l'autorisation du roi⁷. Or, les sociétés de commerce (sociétés en nom collectif et en commandite) se constituaient sans aucune autorisation. Du moins, la personnalité morale leur avait-elle été octroyée par une concession générale du roi ? Aucun texte ne le déclare formellement, et les plus importants de nos anciens auteurs n'y font pas

1. STRACCHA, Dec. Rot. Gen. VII, ix, 10.

2. SCACCIA, § 1, Quaest. I, n° 450.

3. *Statut de Gênes*, IV, 12, 4, rapporté par CASAREGIS, Disc. 144.

4. Cité par TOUBEAU, p. 504 et 505.

5. EMERIGON, *Traité des Contrats à la Grosse*, ch. xii, sect. 6.

6. EMERIGON, *Des Assurances*, I, p. 324-325.

7. LOYSEL, *Maximes*, Liv. III, tit. iii, max. 23.

davantage allusion. L'ordonnance de 1673 est muette sur la personnalité des sociétés de commerce, et Savary, son commentateur, ne paraît pas soupçonner qu'on puisse la revendiquer. Domat passant en revue les divers corps et communautés qui constituaient des personnes morales ne mentionne pas les sociétés de commerce. Enfin, Pothier dans son *Traité des Personnes* les passe aussi sous silence et rien dans son *Traité des Sociétés* ne laisse à penser qu'il les regarde comme telles. Comment supposer qu'un fait de cet importance ait été inaperçu ou omis par des auteurs aussi considérables ?

Que valent, en présence de cette forte raison de douter, les arguments produits en sens contraire ? On conteste l'autorité des textes des Républiques italiennes. Ils n'ont pas la portée qu'on leur attribue. Les prétendues conséquences de la personnalité, qu'ils déduisent, peuvent très bien s'expliquer autrement, et les expressions de *corpus mysticum*, *corpus societatis*, employées par certains ne sont que des images. Et même si le droit de ces cités consacrait la personnalité morale des sociétés de commerce, il resterait à prouver qu'elle avait été admise par notre ancien droit français. On nous présente à l'appui un arrêt du Parlement de Paris et des passages d'Emerigon. Quant à la solution de cet arrêt, elle est susceptible de recevoir une autre explication, et les passages d'Emerigon ne doivent pas non plus être pris à la lettre, mais comme des métaphores ou des comparaisons. La force de ces arguments ne supplée donc pas à leur petit nombre ; ils ne sauraient prévaloir contre le silence significatif des grands jurisconsultes de notre ancien droit : Savary, Domat, Pothier, pour ne citer qu'eux. Des œuvres de ces derniers il appert qu'aucune personne morale n'existait sans la permission du roi et que cette permission n'était accordée qu'aux associations ou institutions présentant un intérêt général. La personnalité morale était ainsi cantonnée dans le droit public. Si elle a pénétré dans le droit privé, c'est par l'intermédiaire des compagnies, ou sociétés anonymes de notre ancien droit. Celles-ci, sans doute, qui se fondèrent dans les derniers siècles de la monarchie, avaient en elles-mêmes un but pécuniaire et privé, mais les œuvres qu'elles accomplissaient offraient en même temps un caractère d'utilité générale. Comme les autres corps et communautés d'intérêt public, elles furent soumises à l'autorisation royale, et, comme pour les autres, cette autorisation emporta pour elles la personnalité. Les

compagnies furent ainsi les seules sociétés commerciales de notre ancien droit qui constituassent des personnes morales¹.

33. Cependant les sociétés en nom collectif et en commandite n'étaient pas assujetties, dans notre ancien droit, au régime pur et simple de la *societas* romaine, de l'indivision. Notamment, on reconnaissait aux créanciers sociaux un droit de préférence sur les biens de la société à l'encontre des créanciers personnels des associés. Comment expliquer cette solution sans le secours de la personnalité morale ? Les associés, dit-on, sont toujours co-propriétaires des biens sociaux, mais leur droit diffère de la co-propriété indivise ordinaire. Ils ont affecté des biens à un certain but, de telle sorte que ceux-ci servent exclusivement à la poursuite de ce but. Ainsi, pendant la durée de la société, ils ne peuvent accomplir sur eux aucun acte contraire à leur destination sociale ; ils ne peuvent pas en disposer même pour leur part, comme au contraire le pourrait un co-propriétaire ordinaire ; ils ne peuvent pas non plus en demander le partage ; ils ne peuvent pas davantage les grever de leurs dettes personnelles. Ainsi ces biens forment une masse à part, un véritable patrimoine séparé des patrimoines propres des associés. Ceux-ci n'acquerront sur lui de droit privatif que lorsque le but sera atteint, c'est-à-dire à la dissolution de la société. Le droit restreint, que les associés possèdent sur les biens sociaux pendant la durée de la société, n'est autre que la propriété en main commune (*Zur Gesamte Hand*) du droit germanique. Notre ancien droit l'a connue : les communautés taisibles en sont une application. Il n'est pas étonnant qu'elle ait été étendue aux sociétés de personnes commerciales. Le caractère familial qu'avait la propriété en main commune primitive se retrouve, en effet, à l'origine de la société en nom collectif². Certes, nos anciens auteurs ne qualifiaient pas de co-propriété en main commune le régime des biens des sociétés en nom collectif ou en commandite. Ils ignoraient, d'ailleurs, cette dénomination. La théorie générale de cette forme de propriété n'a été élaborée que vers le milieu du XIX^e siècle par les Allemands. Qu'importe ! si la chose existait auparavant. Et elle existait, à n'en pas douter,

1. MEYNIAL, note S. 1892, 1, 497.

2. RICOI, *La propriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse 1907, p. 271 et s.

en notre matière : la personnalité morale n'était accordée aux sociétés en nom collectif ni en commandite, celles-ci jouissaient cependant de ses principaux avantages ; la co-propriété indivise était impuissante à les leur donner ; seule la co-propriété en main commune, régime intermédiaire entre la personnalité morale et la co-propriété ordinaire, répondait à leur condition véritable.

34. Nos Codes ne semblent pas avoir voulu modifier, sur ce point, notre ancien droit. L'article 529 C. Civ. n'en fournit-il pas la preuve ? Il ne s'applique, avons-nous vu, qu'aux sociétés personnifiées. Or, il vise les « compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ». Le mot « compagnie » désignait, dans notre ancien droit, la société anonyme de nos jours. Et c'est bien sous cette acception que les rédacteurs de l'article 529 l'ont pris : « Ces entreprises (qui sont, a-t-il dit plus haut, des êtres moraux) n'existent qu'en vertu d'une loi », a déclaré Béranger au Conseil d'Etat lors de la discussion de l'article 529¹. Il ne peut s'agir que de ces compagnies dont la formation était subordonnée à l'autorisation du Roi, et qui avaient effectivement, après l'avoir obtenue, comme nous l'avons dit, la personnalité morale. Au reste, Béranger cite expressément la Banque de France et l'entreprise des Ponts de Paris. Ainsi, notre Code Civil ne reconnaissait la personnalité morale qu'aux sociétés par actions.

Quant aux articles du Code de Commerce qui traitent des sociétés en nom collectif et en commandite simple, ils sont empruntés très visiblement à l'ordonnance de 1673. Le régime de ces sociétés n'a donc pas changé, c'est toujours celui de la propriété en main commune.

Enfin, ajoute-t-on, cette distinction établie entre les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple d'une part et les sociétés par actions de l'autre est logique. Elle correspond à la notion de la personnalité morale qui tend, de plus en plus, à prévaloir aujourd'hui : celle qui la fonde sur des intérêts collectifs et permanents dotés d'une organisation suffisante pour dégager une volonté collective². Ces conditions sont remplies par les sociétés anonymes et en com-

1. FENET, t. XI, p. 16.

2. MICHOD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{re} éd., I, nos 53 et 54.

mandite par actions¹. Dans ces sociétés, la personne des associés est indifférente : ceux-ci se succèdent sans que la société en soit altérée. Au contraire, dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, il n'existe pas d'intérêts collectifs vraiment distincts des intérêts individuels des associés. En réalité, ceux-ci y ont en vue « non pas le même but, mais un but semblable ». La société dépend à tel point de leurs personnes que la mort de l'un d'eux provoque sa dissolution et qu'aucun ne peut sans l'assentiment des autres céder sa part à un tiers. Ils sont, d'autre part — du moins les associés en nom — tenus des dettes sociales sur tout leur patrimoine et solidairement. Tous ces caractères s'accordent mal avec l'idée d'une personne morale distincte des associés. Au contraire, le régime de la propriété en main commune, qui ne cesse de faire reposer les droits et obligations relatifs à la société sur la tête des associés, tout en leur conférant une indépendance suffisante, convient parfaitement à ces espèces de sociétés.

Il faut donc, dans notre droit actuel, ne reconnaître la personnalité morale qu'aux sociétés anonymes et (sauf controverse) aux sociétés en commandite par actions et ne voir dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple que des co-propriétés en main commune. Cela n'empêchera pas d'attribuer le caractère mobilier aux parts de ces dernières sociétés. La prédominance du droit de l'associé aux bénéfices sur son droit au fonds social pendant la durée de la société suffit à le justifier².

35. Toutes ces considérations ne manquent pas d'être impressionnantes. Elles nous paraissent très fortes, surtout en ce qui touche notre ancien droit. Cependant il est à remarquer que nos anciens auteurs, s'ils ne parlent pas de person-

1. V. toutefois RICOL, *op. et loc. cit.*, qui refuse la personnalité morale aux sociétés en commandite par actions et les range parmi les co-propriétés en main commune, sous prétexte que, dans ces sociétés, ce sont les commandités qui ont la première place.

2. SALEILLES, *Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite*, Ann. de dr. comm. 1895, p. 10 et s., 49 et s., et 1897, p. 29 et s. ; LACOUR et BOUTERON, I, nos 229 à 231 ; RICOL, *La propriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse 1907, p. 271 et s. V. aussi GUÉRIN, *La société en nom collectif est-elle une personne morale* Rev. Crit. 1902, p. 245 et s., 308 et s.

nalité morale, à propos des sociétés en nom collectif et en commandite, ne parlent pas non plus de propriété en main commune. Sans doute, cette forme de co-propriété ne fut-elle pas inconnue de notre ancien droit, témoin les sociétés taisibles, mais ce genre de sociétés était tombé en désuétude et nos anciens auteurs n'opèrent pas de rapprochement entre le régime des sociétés commerciales de personnes et celui des sociétés taisibles.

A la vérité, les sociétés de commerce dont nous parlons sont l'œuvre de la pratique. Les règles que l'ordonnance de 1673 pose à leur égard et qui sont passées à peu près intégralement dans notre législation moderne, se sont formées peu à peu, au cours des siècles, par l'usage, sous l'empire des besoins, avant d'être consacrées législativement. L'idée de personnalité morale a été aussi étrangère à leur élaboration que celle de propriété en main commune. Certains juriconsultes ont néanmoins essayé de les expliquer théoriquement, de les faire rentrer dans les cadres juridiques existants. C'est ainsi que Casaregis, au xv^e siècle, a vu en ces sociétés un *corpus mysticum*, Emerigon les considère également comme des personnes morales. Il y a donc lieu de noter que, lorsque l'on a voulu les classer dans nos institutions juridiques, on s'est tourné vers la personnalité morale et non vers la co-propriété en main commune, qui était en voie de disparition.

Comment nos Codes survenant alors considèrent-ils ces sociétés ? Certes pas comme des co-propriétés en main commune. Ils paraissent ignorer complètement cette forme de co-propriété. En matière de droits réels, ils en sont revenus au droit romain. En fait de co-propriété, ils ne connaissent que l'indivision romaine. Celle-ci, qui concède à chaque copropriétaire le maximum d'autonomie, est d'ailleurs seule conforme à l'esprit individualiste de notre codification. On dit, il est vrai, que les droits réels n'ont pas été limitativement énumérés par l'article 543 du Code Civil, que seuls ont été abolis et sont prohibés les anciens droits réels féodaux, mais non ceux qui, loin comme ces derniers de créer des entraves à la vie économique de la Nation, en favorisent au contraire l'essor¹. Nous répondrons que si l'on peut permettre théori-

1. THALLER, nos 290 et s. ; L. CRÉMIEU, *Les théories modernes sur la personnalité juridique*, Ann. de dr. comm., 1910, p. 313 et s.

quement aux parties de créer des droits réels non prévus par les textes, ce qui est contesté par beaucoup d'auteurs, il faut assigner à la liberté des individus en cette matière des bornes qui pratiquement leur laissent peu de latitude. On ne peut, en effet, imposer une obligation même passive à des tiers sans leur consentement ; d'autre part, des mesures de publicité sont nécessaires pour la constitution des droits réels¹. Or, la co-propriété en main commune a pour effet de créer un privilège au profit des créanciers sociaux à l'encontre des créanciers personnels des associés. Ce privilège sans texte est inadmissible. — Au surplus, la question n'est pas de savoir si les particuliers peuvent ou non créer des droits réels nouveaux, mais quel est le régime que nos Codes ont établi pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple. Comme nous l'avons dit, ce ne peut être celui de la co-propriété en main commune, à laquelle les textes et les travaux préparatoires ne font aucune allusion même implicite. N'est-ce pas, alors, le régime de la personnalité morale ?

On peut soutenir, avec quelque apparence de raison, que le Code Civil, en visant seulement dans son article 529 les compagnies, ne reconnaissait la personnalité morale qu'aux sociétés anonymes, bien que le mot « intérêt » qu'il contient paraisse se rapporter aux sociétés de personnes (mais la distinction entre l'action et l'intérêt n'était peut-être pas aussi nette que maintenant). L'état de notre ancien droit sur ce point justifierait assez bien cette manière de voir. Mais il apparaît que les idées déjà émises dans notre ancien droit sur la condition juridique des sociétés commerciales de personnes furent définitivement consacrées par le Code de Commerce et le Code de Procédure Civile. Il résulte, en effet, tant des textes que des travaux préparatoires de ces Codes, que l'on considérait la société en nom collectif et la société en commandite aussi bien que la société anonyme et la société en commandite par actions comme des personnes morales. Aucune distinction entre elles n'est faite à ce sujet dans le Code de Commerce pas plus que dans le Code de Procédure Civile². Ce dernier dans son article 69, 6^o, considère les sociétés de commerce indistinctement comme des « êtres

1. PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n^o 48.

2. Cf. BOURCART, note S. 1918, 1919, 2, 76, 3^e col.

moraux et collectifs », ainsi qu'il appert des travaux préparatoires. Le Code de Commerce soumet toutes les sociétés de commerce aux mêmes règles de publicité ; il les soumet également au régime de la faillite. Enfin, son nouvel article 49 — modifié par la loi du 24 juin 1921 — vient encore à l'appui de notre thèse : « L'association en participation ne constitue pas une personne morale », dit-il. Les partisans de la propriété en main commune la refusent à l'association en participation. Si le législateur avait admis ce régime de co-propriété, il aurait dû ajouter : « ni une co-propriété en main commune ». Il ne l'a pas fait, c'est qu'il ne reconnaît pour les sociétés que le régime de la personnalité ou celui de l'indivision. Et comme nous l'avons déjà dit, cet article prouve *a contrario* que toutes les sociétés commerciales autres que l'association en participation sont des personnes morales.

On peut regretter que le législateur n'ait pas fait place dans notre droit à la propriété en main commune, estimer que celle-ci convenait mieux aux sociétés en commandite et en nom collectif, qu'elle répondait plus exactement à leur caractère personnel, en un mot qu'elle traduisait plus fidèlement la réalité. Mais c'est là une question de législation.

Il faut remarquer, d'ailleurs, que les quelques différences, qui séparent le régime de la co-propriété en main commune de celui de la personnalité morale, sont à l'avantage de ce dernier.

D'abord, seul il permet de justifier juridiquement, sans avoir recours à des considérations d'ordre économique, le caractère mobilier des parts sociales. M. Michoud, qui est partisan de l'application de la co-propriété en main commune aux sociétés de personnes commerciales, avoue que la disposition de l'article 529 « n'est conforme à la logique du droit que pour les groupements personnifiés ; pour les autres, elle est une fiction admise par le législateur *utilitatis causa*¹ ».

D'autre part, dans le régime de la propriété en main commune, la validité des actes intéressant la collectivité sera subordonnée à la capacité de ses membres : ainsi, une société ne pourra acquérir ni prendre à bail les biens appartenant à un mineur dont le tuteur est associé (article 450, al. 3, C.

1. MICHOD, *op. cit.*, I, n° 68 ; JOSSEERAND, *Livre du Centenaire*, I, p. 357 et suiv.

Civ.) ; si un mineur fait partie d'une société, les immeubles sociaux ne pourront être vendus qu'en observant les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. On ne pourra constituer d'usufruit au profit d'une société en main commune : l'usufruit ne pourra reposer que sur la tête de chacun de ses membres. Dans une société de ce genre les associés seront en réalité parties aux procès relatifs à la société : ils ne pourront par suite déposer comme témoins, former tierce opposition, etc... La personnalité morale aboutit, sur tous ces points, à la solution inverse, qui est assurément la plus favorable¹.

Enfin, il nous semble que la théorie, dite de la réalité technique, qui pose comme substratum de la personnalité morale l'existence d'un intérêt collectif permanent doté d'une organisation capable de dégager une volonté collective, n'est pas inconciliable avec la personnalité des sociétés en nom collectif et en commandite simple. Si l'on estime que ces sociétés ne présentent pas un véritable intérêt collectif distinct de l'intérêt individuel des associés — à supposer, au reste, que cette assertion soit établie, — on ne peut refuser au législateur le pouvoir de leur conférer néanmoins la personnalité morale. Sans doute, il usera là d'une fiction, mais on ne saurait le lui reprocher, en raison des conséquences utiles indéniables, qu'elle produira².

36. Nous concluons donc que toutes les sociétés commerciales, sauf l'association en participation, ont la personnalité morale, que leurs parts sont, en conséquence, purement mobilières, et que celles qui seront possédées par l'un des époux lors de son mariage ou lui écherront pendant le mariage à titre de succession, donation ou legs, entreront dans l'actif de la communauté légale³.

1. JOSSEERAND, *op. et loc. cit.* ; MICHOD, *op. cit.*, I, n° 70 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 232.

2. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., p. 222.

3. DURANTON, XIV, n°s 120 à 122 ; TROPLONG, *Cont. de mar.*, I, n° 430 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 14 ; RODIÈRE et PONT, I, n°s 339-344 ; GUILLOUARD, *Cont. de mar.*, I, n° 371 ; HUC, IX, n° 84 ; DE POLLEVILLÉ, n° 147 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 267 ; PLANIOL, III, n° 917 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 172 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n°s 56 et 57 ; BASSET, *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1924, p. 20 et suiv. ; Trib. Civ. Lyon 4 avril 1884, S. 1886, 2, 23, J. Pal. 1886, 222, D. P. 1885, 3, 71.

Il en sera ainsi de l'intérêt dans une société en nom collectif, de l'intérêt et de la commandite dans une société en commandite simple, de la part dans une société à responsabilité limitée et de l'action dans une société anonyme ou dans une société en commandite par actions. Et cette solution concerne toutes les espèces d'actions : actions de numéraire, actions d'apport, même si l'apport consiste en immeubles, actions industrielles¹, actions de jouissance, actions privilégiées ou non².

Peu importe également qu'au moment de son entrée en contact avec la communauté, l'action ne soit pas négociable (action d'apport : art. 3, l. 24 juillet 1867) ou qu'elle soit même inaliénable (action possédée par un administrateur d'une société anonyme et affectée à la garantie de ses actes de gestion : art. 26, l. 24 juillet 1867³).

Resteraient propres, cependant, les actions de la Banque de France immobilisées conformément à l'article 7 du décret du 16 janvier 1808, que l'un des époux posséderait lors de son mariage ou qui lui seraient échues par succession, donation ou legs pendant la communauté.

1. V. *Supra* n° 6.

2. Nous ne parlons pas des *parts de fondateur ou parts bénéficiaires* que peuvent émettre les sociétés commerciales par actions et qui, ne rentrant pas dans le capital social, ne donnent droit à leurs attributaires qu'à une part de bénéfices, sans leur permettre de voter aux assemblées générales d'actionnaires. On a voulu voir en elles des actions (CHAVEGRIN, note S. 1889, I, 417 et *J. Pal.* 1889, 1036 ; VALÉRY, note D. P. 1895, 2, 302 ; VAVASSEUR, I, n° 455 et 457 ; Paris 19 juin 1885 (motifs) sous Cass. Req. 16 février 1887, S. 1889, I, 417, *J. Pal.*, 1889, I, 1036 ; Cass. Req. 16 novembre 1904, S. 1906, I, 49) ou des parts d'associé autres que des actions (HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 524). Mais ces opinions viennent d'être condamnées par la loi du 23 janvier 1929 qui déclare que ces titres ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé. Ils ne rentrent donc, pas plus que les obligations, dans le cadre de notre étude. Titres de créance contre la société ayant pour objet une part de bénéfices, aucun doute ne peut d'ailleurs s'élever sur leur nature mobilière et par suite sur leur entrée dans la communauté légale. V. toutefois pour le cas où les parts de fondateur auraient été déclarées personnelles et incessibles : Cass. Req. 6 juillet 1905, S. 1908, I, 289, note de M. WAHL, et les observations que nous avons présentées sur cet arrêt dans notre Question préliminaire, *supra* n° 7.

3. V. *supra*, n° 3.

§ II. *Parts dans les sociétés civiles*

37. Les sociétés civiles, rappelons-le, sont celles qui se livrent uniquement ou principalement à des opérations civiles. Par exception, les sociétés, dont l'objet est civil, mais qui ont revêtu la forme anonyme ou en commandite par actions, sont commerciales en vertu de la loi du 1^{er} août 1893 (art. 68 ajouté à la loi du 24 juillet 1867), si elles se sont constituées depuis cette loi ou si déjà existantes elles ont usé de la faculté de transformation prévue par l'article 7 de la dite loi. D'autre part, la loi du 9 septembre 1919 répute acte de commerce l'exploitation des mines, et rend commerciales, sans formalités, même les sociétés minières qui alors en cours étaient civiles d'après les principes antérieurement en vigueur. Notons enfin que l'adoption par une société à objet civil d'une forme commerciale autre que la forme anonyme ou en commandite par actions n'imprime pas le caractère commercial à cette société. Il y a lieu toutefois de se demander si elle reste absolument sans effet. Nous n'aurons en vue, dans les développements qui vont suivre, que les sociétés civiles n'ayant pris aucune forme commerciale ; nous examinerons spécialement, ensuite, la situation des sociétés civiles constituées sous une forme commerciale autre que celles visées par la loi de 1867.

A. *Sociétés civiles ordinaires*

38. Les sociétés civiles sont régies par le titre IX du livre III du Code Civil. Ont-elles la personnalité morale ? La jurisprudence, après avoir été longtemps assez flottante¹, a adopté définitivement la solution affirmative à la suite d'un arrêt de la Cour de Cassation du 23 février 1891².

Cet arrêt invoque les articles 1850, 1852, 1867, 1845, 1846, 1847, 1848, 1855, 1859 du Code Civil qui « personnifient la société d'une manière expresse en n'établissant jamais de rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les asso-

1. V. sur l'état de la jurisprudence antérieur à l'arrêt de Cass. Req. 23 février 1891, la note de M. MEYNIAL sous cet arrêt, au S. 1892, I, 73, qui analyse avec beaucoup de pénétration l'esprit avec lequel les juges comme les interprètes abordèrent la question dans les années qui suivirent la promulgation du Code Civil.

2. S. 1891, I, 73 ; D. P. 1891, I, 337.

ciés en rapport avec la société ». A la vérité, ces textes sont peu probants, car ils concernent uniquement les rapports des associés entre eux, et c'est vis-à-vis des tiers que la personnalité de la société produit ses principales conséquences.

Mais ce même arrêt affirme préalablement que la personnalité des sociétés civiles, aussi bien que celle des sociétés commerciales, résulte de leur essence¹. Encore faut-il, pour les sociétés civiles comme pour les sociétés commerciales, que cette assertion soit consacrée, au moins implicitement, par le droit positif. Les textes sus-énoncés ne fournissent pas de cela une preuve suffisamment certaine ; en existe-t-il de plus décisifs ?

39. On a prétendu les trouver, d'abord, dans le droit romain. Certains fragments du Digeste rangeraient toutes les sociétés sans distinction parmi les personnes morales, les *universitates*. On cite la loi 22 *De fidejussoribus*, Dig. XLVI, 1, *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur sicut municipium, et decuria, et societas*. Est-il possible de proclamer plus clairement la personnalité des sociétés ? Les sociétés jouent le rôle d'une personne comme les décuries, les municipes, et les hérédités. La loi 3 § 4 *De bonorum possessionibus*, Dig. XXXVII, 1, n'est pas moins explicite : *A municipibus et societatibus, et decuriis, et corporibus bonorum possessionis agnosci potest*. Les sociétés sont, là encore, mises sur le même plan que les municipes, les décuries et les *corpora* en général, et c'est pour leur reconnaître un attribut caractéristique de la personnalité : le droit d'hérédité prétorien. La loi 65 § 14 *Pro socio*, Dig. XVII, 11, pose une autre conséquence de la personnalité des sociétés : *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, et alicujus sociorum quid absit, cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit : qua deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt*. Si la société était une simple indivision, l'associé créancier de la société devrait s'adresser à chacun de ses co-associés pour sa part ; le texte ci-dessus lui permet d'agir pour le tout contre l'associé détenteur des fonds sociaux. Celui-ci est ainsi actionné non en sa qualité d'associé mais comme représentant de la société, être de raison, à qui appartiennent ces fonds et pour le compte

1. La Cour de Cassation belge avait dit la même chose dans un arrêt du 3 avril 1853, Pasier. 1853, 1, 288.

duquel il les détient. — On a cru voir aussi une manifestation de la personnalité des sociétés dans le caractère personnel de l'action *pro socio*. Si les associés avaient été co-propriétaires des choses composant l'actif social, l'action *pro socio* ayant pour objet le partage de cet actif eût été réelle ou mixte, comme les actions *communi dividundo* ou *familiae erciscundae*. Purement personnelle elle prouve que les biens sociaux n'appartiennent pas aux associés mais à la société personnifiée¹.

40. Notre ancien droit suivait la doctrine romaine, comme en témoignent les passages suivants de Balde et de Guy Coquille :

Pour rejeter l'exception de compensation que, sur une demande en versement de sa mise, un associé opposerait à son co-associé demandeur, en raison de la créance qu'il aurait contre ce dernier, Balde répond : *Compensatio non procedit quia corpus societatis agit, non ille tanquam singularis persona ; et ideo quod debetur societati non compensatur cum uno ex sociis*².

Et Guy Coquille, parlant des communautés d'entre paysans du Nivernais, dit : « Par ces arguments se peut connaître que ces communautés sont vraies familles et collèges, qui, par considération de l'intellect, sont comme un corps composé de plusieurs membres, bien que ces membres soient séparés l'un de l'autre. Mais, par fraternité, amitié et liaison économique, font un seul corps ».

41. On en vient alors à notre droit actuel qui n'aurait pas abrogé un principe depuis si longtemps établi. Mais avant d'étudier les dispositions du Code Civil à cet égard, il convient d'apprécier les précédents historiques qu'on nous présente. On ne saurait invoquer à l'appui de ces dispositions, dont aucune ne formule en termes exprès la personnalité des sociétés civiles, qu'une tradition certaine.

Que le droit romain, à l'époque classique, ait reconnu à des associations une personnalité, un patrimoine distinct de ceux des membres qui les composaient, cela n'est pas contestable, en présence de textes formels. Mais a-t-il reconnu la personnalité juridique à toutes les associations sans condi-

1. DUVERGIER, *Du contrat de société*, n° 382.

2. BALDE, sur la loi 9 Cod. de *Compensationibus*.

tion ? La loi, I, pr. Dig., *Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur*, III, IV, nous répond en ces termes : *Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur : nam et legibus, et senatusconsultis, et principalibus constitutionibus ea res coercetur ; paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis, atque constitutionibus principalibus confirmatum est : veluti pistorum, et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt.* § I. *Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem, tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.* Le paragraphe 1^{er} précisant le régime des associations visées par le *principium* montre qu'elles constituent bien des personnes morales ; mais aucune association, ainsi douée de personnalité juridique, ne peut exister, nous dit le pr., sans une autorisation de la puissance souveraine : loi, senatus-consulte, constitution impériale. Et cette autorisation, ajoute-t-il, n'est accordée que dans des cas exceptionnels, à des associations représentant des intérêts publics, ainsi qu'il ressort des exemples fournis. En somme, la personnalité morale est, dans la notion romaine, une institution de droit public ; elle ne s'étend au droit privé que par exception et en faveur de groupements ressemblant tant par leur utilité générale que par leur organisation à ceux du droit public.

La loi I Dig., *De collegiis et corporibus*, XLVII, xxii, enjoignant aux gouverneurs des provinces de ne pas laisser s'établir de corporations ni d'associations de militaires dans les camps est une « nouvelle preuve que les particuliers ne pouvaient à leur gré créer des corps, des êtres collectifs¹ ».

L'opposition entre les sociétés présentant un caractère public et bénéficiant de règles propres, et les sociétés simplement privées est bien marquée par Pomponius (Dig. XVII, II, *Pro socio*, 59, pr.). La mort d'un associé est une cause de dissolution pour ces dernières, dit-il, mais non pour les pre-

1. THIRY, *Rev. crit.* 1854, t. V, p. 412 et s.,

mières. On s'explique aisément cette différence, si on admet que celles-ci sont des êtres moraux, et non les autres. Si, en effet, nous examinons le régime des sociétés privées non autorisées, nous voyons qu'elles ne jouissent en aucune façon de la personnalité morale, qu'elles forment de simples indivisions. Dans la loi 13 § 1 Dig. *De praescriptis verbis*, XIX, v, Ulpien envisageant diverses conventions et se demandant si elles sont ou non des sociétés répond affirmativement ou négativement suivant que les parties ont conservé ou non la propriété des choses qui font l'objet de ces conventions *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*. Si, dans une société, l'associé ne cesse pas d'être propriétaire des choses qu'il apporte, c'est évidemment que la société ne forme pas une personne morale, un *corpus*. La loi 68 pr. Dig. *Pro socio*, XVII, II, dispose que : *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.*, ce qui est l'application des règles de l'indivision, et en même temps la négation de la personnalité. Enfin, la loi 3, Cod. *De communium rerum alienatione*, IV, LII, permet à un associé de vendre sa part indivise non seulement à un co-associé, mais aussi à un étranger : *Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.*

Quant aux textes qu'on nous présente comme établissant la personnalité des sociétés en général, on en tire des conclusions qu'ils ne comportent pas. Les lois 22 *De fidejussoribus* et 3 § 4. *De bonorum possessionibus* prouvent seulement qu'il existe des sociétés douées de personnalité morale, ce sont celles que nous avons indiquées. Et la loi 65, 14 *Pro socio* s'explique très bien sans la notion de personnalité. L'associé, qui a entre les mains l'avoir social, a très certainement reçu pouvoir de l'employer à payer les dettes régulièrement contractées de la société ; il n'y a pas de raison de distinguer entre celles qui existent à l'égard des tiers et celles qui existent à l'égard d'un autre associé ; ce dernier peut donc réclamer l'intégralité de sa créance à l'associé détenteur des fonds sociaux, pris tant en son nom personnel que comme mandataire de ses co-associés. Enfin, l'argument, déduit en faveur de la personnalité des sociétés, du caractère personnel de l'action *pro socio* repose sur une confusion entre cette action et l'action *communi dividundo* ou l'action *familiae erciscundae*.

L'action *pro socio* est personnelle, parce qu'elle sanctionne uniquement les créances que fait naître le contrat de société entre les associés. Mais elle n'a pas pour objet le partage des biens de la société par opposition à l'action *communi dividundo* qui aurait pour objet le partage des biens d'une communauté. L'action *communi dividundo*, au contraire, a pour objet le partage de toute indivision, quelle qu'en soit la cause, communauté ou société. Et c'est par cette dernière action et non par l'action *pro socio* que doit agir l'associé qui veut provoquer le partage du fonds social. D'ailleurs, le paragraphe des *Institutes* de Justinien (Lib. IV, tit. vi, § 20), qui présente l'action *communi dividundo* comme mixte, c'est-à-dire à la fois réelle et personnelle, est diversement interprété par les romanistes, car cette action sanctionne en réalité une obligation, l'obligation pour tout communiste de concourir au partage des objets communs¹ : elle apparaît donc purement personnelle². Dès lors elle devient semblable, à ce point de vue, à l'action *pro socio*, et le raisonnement basé sur leur différence s'écroule. Il reste cependant à l'action *communi dividundo* cette particularité de comporter dans sa formule une *adjudicatio*, absente dans la formule de l'action *pro socio* : cela prouve seulement que cette dernière est impuissante à opérer le partage des biens sociaux, et elle le serait, même si la société constituait une personne morale. Ces textes et ces arguments ne nous paraissent donc pas détruire la doctrine que nous avons exposée plus haut concernant la personnalité morale des sociétés en droit romain et que nous résumerons ainsi : les sociétés sont soumises au régime de l'indivision ; exceptionnellement, certaines jouissent de la personnalité juridique, ce sont celles qui en ont reçu la concession du pouvoir souverain.

42. Notre ancien droit suivit ces principes, du moins après la renaissance du droit romain, car il est probable que la notion trop abstraite de personnalité morale disparut à la suite des invasions barbares. Les légistes venant empruntèrent au Digeste cette règle assurément propre à renforcer le pouvoir royal que toute personne morale émane du roi et ne peut

1. Le transfert de propriété qu'elle produit est l'exécution de cette obligation ; une action réelle constate un droit réel, mais ne le transfère pas.

2. ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, II, n° 830, 2^e, texte et notes 1 et 2, p. 1027.

exister sans son autorisation, règle qui demeura en vigueur jusqu'à la Révolution, comme en témoignent nos anciens auteurs. C'est d'abord Guy Coquille qui distingue les sociétés autorisées et celles qui ne le sont pas. Seules les premières forment des corps, mais l'autorisation n'est donnée, dit-il, qu'aux associations qui subsistent malgré la disparition de leurs membres primitifs. Il va même jusqu'à soumettre au consentement du seigneur les communautés taisibles, qui ayant été dissoutes voudraient se reformer, maintenant toutefois sans autorisation celles existantes¹. Cependant, il dégage encore mal les conséquences de la personnalité.

Un siècle plus tard, Loysel formule cette maxime : « L'on ne se peut assembler *pour faire corps de communauté* sans congé et lettres du roi² ». De même, Domat dit : « Les communautés sont des assemblées de plusieurs personnes unies en un corps formé par la permission du prince, distingué des autres personnes qui composent un Etat, et établi pour un bien commun à ceux qui sont de ce corps, et qui ait aussi son rapport au bien public...³ ». Ferrière reproduit la même doctrine : « On a toujours tenu pour maxime indubitable que personne ne peut établir aucune congrégation, corps, collège, communauté, soit pour la religion, soit pour la police civile, sans la permission du prince. On ne peut donc pas s'assembler *pour faire corps de communauté* sans congé et lettres du Roi⁴ ». Enfin, Pothier nous fournit la preuve directe que les sociétés civiles n'avaient pas la personnalité morale. Il étudie les personnes morales dans son *Traité des Personnes* ; il insiste sur la nécessité de l'autorisation royale pour leur formation, et parmi les associations ainsi susceptibles d'acquérir le *corpus* il ne mentionne pas les sociétés civiles. Ce silence n'est pas un oubli, car si l'on se reporte à son *Traité de la Société*, on se convaincra qu'il les traite non comme des êtres moraux, distincts des associés, mais comme de simples indivisions. Il dit expressément : la chose apportée « devient commune entre les associés pour la propriété⁵ ».

1. GUY COQUILLE, *Cout. de Nivernais*, chap. viii, art. 15.

2. LOYSEL, *Maximes*, liv. III, tit. III, max. 22.

3. DOMAT, *Le droit public*, liv. I, tit. v, sect. 1, n° 1 ; v. aussi liv. I, tit. xv, sect. 2, n° 1.

4. FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° Communauté.

5. POTHIER, *Tr. du contrat de Société*, n° 2.

« Celui qui met une chose en société ne cesse pas entièrement d'en être propriétaire, mais seulement pour une part qu'il transfère à son associé en la rendant commune¹ », et encore « un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société, si ce n'est pour la part qu'il y a² ». C'est la solution romaine que nous avons déjà vue (Dig. XVII, II *Pro socio*, loi 68). Enfin, il fait remonter l'effet déclaratif du partage de l'actif social à la date du contrat de société, pour les biens apportés, et à la date de leur acquisition, pour les biens acquis au cours de la société, ce qui montre que tous ces biens étaient dans l'indivision pendant la durée de la société, et non dans le patrimoine d'un être moral.

La doctrine de notre ancien droit paraît ainsi bien fermement établie. Les passages de Guy Coquille et de Balde invoqués en sens contraire ne sauraient prévaloir contre le nombre, la concordance et l'autorité des précédents témoignages. D'ailleurs, si Guy Coquille regarde les communautés taisibles comme des êtres moraux, nous avons vu qu'il les soumet au consentement du seigneur. Quant à Balde son opinion doit être regardée comme isolée.

43. Nous sommes donc fondé à conclure que notre ancien droit, à l'exemple du droit romain, subordonnait la naissance des personnes morales à l'autorisation du roi. Celle-ci n'était accordée qu'à des associations ou institutions représentant des intérêts généraux. Seules parmi les sociétés de droit privé les compagnies, en raison de leur durée, de l'importance des capitaux et du nombre des personnes qu'elles groupaient, de leur caractère d'utilité générale, ont été autorisées et par suite érigées en corps. Toutes les autres sociétés de gains, — réserve faite des sociétés de commerce investies de la personnalité morale en vertu d'usages datant du moyen âge, d'après la doctrine classique, ou douées d'une autonomie patrimoniale équivalente, d'après la doctrine nouvelle, — constituent de simples indivisions.

44. Ainsi, il apparaît certain que ni le droit romain, ni notre ancien droit ne considéraient les sociétés ordinaires, dont nos sociétés civiles sont issues, comme des êtres moraux

1. POTHIER, *op. cit.*, n° 3.

2. POTHIER, *op. cit.*, n° 89.

distincts des associés. La personnalité de ces sociétés serait-elle une innovation du Code Civil ? Ses partisans actuels le prétendent.

Ils ont renoncé, en effet, aux arguments historiques dont ils admettent la réfutation, mais le Code Civil aurait rompu avec la tradition. Pour le démontrer, ils n'insistent pas, non plus, sur les articles du Code Civil cités par l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 février 1891 et indiqués plus haut, dans lesquels les associés sont mis en opposition avec la société. Le mot « société » peut être employé par abréviation pour désigner les intérêts communs créés entre les associés par le contrat de société sans intention de personnification. De même le Code Civil établit des rapports entre la communauté conjugale et chacun des époux ; on n'en déduit pas, en général, que la communauté forme une personne morale. Aussi, la thèse nouvelle rejette-t-elle au second plan ces trop fragiles arguments verbaux.

Le texte capital, à ses yeux, est l'article 1860 du Code Civil ainsi conçu : « L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société ». Cet article manifesterait la volonté de ses rédacteurs d'affranchir la société du régime de l'indivision auquel la soumettait notre ancien droit. Il suffirait pour s'en convaincre de lire le passage où Pothier traite de la même question. Ce dernier dit : « Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendant de la société si ce n'est pour la part qu'il y a ». L'article 1860 reproduit — et cela en termes presque identiques — ce passage de Pothier, sauf le membre de phrase final contenant la réserve du droit pour l'associé de disposer de sa part dans les biens sociaux. Cette omission serait significative. Elle supprimerait le droit de l'associé d'aliéner et d'engager les biens sociaux même pour sa part. Mais n'est-ce pas dépouiller l'associé de son droit de co-propriété sur les dits biens, que de lui retirer cet attribut essentiel ? Et si les biens sociaux n'appartiennent plus aux associés *pro parte indivisa*, leur propriétaire ne peut être que la société personnifiée. Cette conclusion serait confirmée par l'article 1859, 2^o qui ne permet aux associés de se servir des choses appartenant à la société que dans l'intérêt de celle-ci. C'est, en somme, leur enlever leur droit d'usage personnel sur ces choses. Ainsi, les associés n'ayant plus aucun droit propre d'usage ni de disposition sur les biens sociaux, même

pour leur part, la propriété de ces biens repose non plus sur leur tête, mais sur la tête de l'être moral-société.

Que telle ait été la pensée des rédacteurs du Code Civil, cela nous serait confirmé par cette observation du Tribunal d'Appel de Rouen :

« Nous observons au surplus qu'on a omis un des premiers principes qui dérivent de la nature des sociétés ; ce principe est que la société forme une personne fictive et morale séparée des associés, et qu'en conséquence on ne peut saisir les immeubles et les fonds de la société pour les dettes personnelles d'un des associés, lorsque la société est légalement et authentiquement constatée ; sans préjudice toutefois des hypothèques antérieures qui auraient appartenu à l'un des associés¹. »

Sans doute cette observation n'a pas provoqué un changement de rédaction dans le Code Civil. Mais elle n'a pas plus été contredite. C'est que l'on jugeait que la personnalité résultait suffisamment des textes et particulièrement des articles 1859 et 1860.

45. D'autres auteurs, sans aller jusqu'à ériger la société civile en une personne juridique distincte des associés, pensent néanmoins que les articles 1859, 2^o et 1860 établissent pour les sociétés civiles un régime de concentration différent de l'indivision. Ces articles, disent-ils, procèdent de cette idée, assurément conforme à la volonté des parties et à la nature du contrat de société, que les biens mis en société doivent être entièrement et exclusivement affectés à la poursuite du but commun. Pour cela, il ne faut pas que les associés puissent en faire un usage contraire à la destination qui leur a été donnée par le contrat de société : c'est ce que sanctionne l'article 1859, 2^o. A plus forte raison, il ne faut pas que les associés puissent en disposer pour leur compte personnel, même relativement à leur part : c'est ce que sanctionne l'article 1860. Cet article les empêche aussi bien de céder par aliénation volontaire leur part dans les biens sociaux que de l'exposer, en contractant des dettes, aux poursuites de leurs créanciers personnels, car on ne saurait leur permettre de réaliser par des moyens indirects ce qu'il leur est interdit de faire directement. Par suite, les biens sociaux se trouvent

1. FENET, V, p. 544.

en quelque sorte grevés d'une servitude d'observation du pacte social. Il s'agit là d'une charge réelle — puisqu'opposable aux tiers — qui tient à la fois des servitudes et des hypothèques. Elle aboutit à détacher les biens affectés à la société du patrimoine des associés pour les constituer en un véritable patrimoine distinct. Celui-ci n'appartient pas cependant à une personne morale ; les associés en restent co-propriétaires, mais d'une manière spéciale. Cette co-propriété, qui se distingue de la co-propriété indivise en ce qu'elle ne se fractionne pas entre les communistes, en ce qu'elle exclut, au contraire, tout acte individuel sur tout ou partie des biens à elle soumis, n'est autre que la propriété en main commune ou propriété collective, celle même que l'on veut appliquer aussi, avons-nous vu, aux sociétés en nom collectif et en commandite simple¹. Celles-ci, sociétés de personnes comme les sociétés civiles, doivent être assujetties, en effet, au même régime essentiel. Ce régime assure à toutes ces sociétés les principaux sinon tous les avantages de la personnalité ; notamment il permet de considérer comme mobilières leurs parts, ainsi que nous l'avons déjà expliqué à propos des sociétés en nom collectif et en commandite.

D'autres systèmes ont été construits sur l'article 1860 pour soustraire les biens sociaux à l'emprise des ayants-cause personnels des associés². Mais ils conservent l'indivision à leur base et ne semblent pas chercher à étendre l'article 529 aux sociétés civiles. Aussi jugeons-nous inutile de les indiquer ici. Seul M. Mongin tout en admettant le régime de l'indivision pour les sociétés civiles interprète l'article 529 de telle manière qu'il le rend applicable à beaucoup d'entre elles. Nous ne reviendrons pas sur ce système que nous avons déjà étudié.

1. RICOI, *La propriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse, 1907, p. 278 et s. Certains partisans de la co-propriété en main commune pour les sociétés en nom collectif et en commandite la refusent cependant aux sociétés civiles, en lesquelles ils ne voient que de simples indivisions. (MICHOUX, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, I, n° 69 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 233.)

2. THIRY, *Rev. Crit.*, 1855, t. VII, p. 289 et suiv. ; BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., n° 158 ; MONGIN, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, (*Rev. Crit.*, 1890, t. LVII, p. 97 et suiv.).

46. La thèse de la personnalité des sociétés civiles invoque en outre d'autres textes à son appui. L'article 529, qui, dans l'opinion générale, concerne les sociétés personnifiées, lui serait favorable : il vise les « compagnies d'industrie » qui peuvent être civiles ou commerciales ; le restreindre à ces dernières serait créer une distinction qu'il ne fait pas, ce serait même enlever toute utilité à cette mention spéciale des « compagnies d'industrie », qui entendues de cette manière restrictive seraient comprises parmi les « compagnies de commerce » citées ensuite par ce même article. Ce qui prouve bien que les sociétés civiles d'industrie ne sont pas exclues de l'article 529, c'est que la loi du 21 avril 1810 sur les mines, dans son article 8, consacre expressément son application aux sociétés minières, qui présentaient, à cette époque, le caractère civil.

47. Que faut-il penser de ces arguments produits en faveur de la personnalité des sociétés civiles ? Nous observerons d'abord qu'un système, pour être solide, doit s'accorder non seulement avec un ou deux articles de loi pris isolément, mais avec tous ceux qui traitent de la matière. Il ne saurait échapper à ce principe élémentaire d'interprétation. Les conséquences que l'on veut tirer de l'article 1860 ne nous paraîtront donc admissibles que si elles concordent ou, *a fortiori*, ne sont pas en contradiction avec les autres solutions posées au titre du contrat de société. En est-il vraiment ainsi ?

L'article 1849 est, d'abord, à remarquer. Il est ainsi conçu : « Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est devenu depuis insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part ».

Cette disposition, dit-on, confirme la personnalité des sociétés civiles. Si les créances sociales se divisaient réellement entre les associés, celui qui aurait reçu sa part d'une telle créance l'aurait acquise définitivement et ne devrait pas la rapporter, car il posséderait sur elle un droit plein et entier indépendant de celui de ses co-associés. Puisqu'au contraire il est obligé de la rapporter à la masse commune, c'est qu'il ne l'a pas encaissée pour son compte, mais pour celui de la société-*être moral* ; on comprend alors tout natu-

rellement qu'il doive la mettre dans la caisse sociale. A la vérité, cet article se retourne contre la personnalité des sociétés civiles. Il suppose très nettement que les créances sociales se divisent entre les associés, puisqu'il parle à deux fois de la part d'un associé dans une créance commune. Et il n'empêche pas ce dernier, en principe, de toucher sa part. Mais dans le cas seulement où le débiteur deviendrait insolvable par la suite avant le paiement du surplus, il impose à l'associé, qui a reçu ce qui lui revenait de cette créance, l'obligation de le rapporter à la masse commune. Cela est conforme à cette idée qui domine le contrat de société, à savoir que les associés doivent partager les bonnes et les mauvaises chances qui résulteront des opérations communes. Si la société était une personne morale, on ne s'expliquerait pas comment un associé gérant ou non gérant pût recevoir « sa part » d'une créance sociale et en donner valablement quittance ; on ne s'expliquerait pas non plus qu'il fût tenu de la rapporter à la masse, car il aurait dû l'y verser immédiatement. L'article 1849 nous conduit au contraire à décider qu'il l'aurait légitimement conservée par devers lui, si le débiteur social n'était pas devenu insolvable ; cela est contraire à la notion de personnalité.

Les articles 1862 et 1863 ne le sont pas moins. L'article 1849 vient de nous montrer que les créances sociales se divisaient entre les associés ; les articles 1862 et 1863 nous montrent que les dettes sociales se divisent également entre eux. Ils en sont tenus « chacun pour une somme et part égales » (art. 1863) et sans solidarité (art. 1862). En conséquence, un créancier social ne pourra réclamer à un associé que sa part et il sera contraint de recevoir de celui-ci seulement cette part. Ces solutions sont peu en harmonie avec la personnalité. La société, être moral, est elle-même débitrice ; c'est contre elle et pour la totalité que doivent être dirigées les poursuites ; les créanciers ne sont pas tenus de diviser leurs actions entre les associés (art. 1220, 1244). On peut, il est vrai, leur octroyer un recours subsidiaire contre les associés personnellement, mais c'est bien une action principale que leur concèdent les articles 1862 et 1863 et ils ne prévoient, ni un autre texte, que les créanciers sociaux aient à leur disposition une autre action que celle-là.

Ainsi, le Code Civil applique, à n'en pas douter, aux créances et aux dettes sociales les règles de l'indivision. Réserverait-il

donc à la personnalité la propriété des choses corporelles ? Un tel système, hybride et illogique, est invraisemblable. Les textes précités établissent d'une façon évidente que la véritable pensée des rédacteurs du Code a été d'appliquer, sauf à lui apporter certains correctifs, le régime de l'indivision à tous les droits (droits réels et droits de créance) et obligations résultant du contrat de société tant dans les rapports des associés entre eux qu'avec les tiers.

48. Mais que devient alors l'article 1860 ? Nous nous refusons à lui reconnaître la portée qu'on veut lui attribuer. Remarquons sa place au titre du Contrat de Société. Il se trouve dans la section I du chapitre II, qui traite des « engagements des associés entre eux » et il est compris dans la série des articles — 1856 à 1861 — qui concernent l'administration de la société. Ces articles déterminent les pouvoirs respectifs des associés dans le cas où l'un ou plusieurs d'entre eux ont été chargés d'administrer et dans le cas où aucun d'eux n'a été spécialement investi de cette fonction. Il ne s'occupe que de la gestion des affaires sociales. L'article 1860 pas plus que ses voisins n'ont trait aux actes que les associés peuvent faire pour leur compte personnel avec les tiers relativement à leurs droits sur les choses sociales. L'article 1860 dit en effet : « L'associé qui n'est point administrateur, ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières qui dépendent de la société ». Il est évident qu'il envisage ces choses *in globo* et que ce qu'il prohibe, ce sont les actes de disposition qui porteraient sur la chose tout entière. Son rapprochement avec l'article 1859, 1^o, est significatif à cet égard : l'acte d'administration fait par un associé est valable, dit ce dernier article, même pour la part de ses associés. L'article 1860 veut dire que cette extension des pouvoirs de l'associé sur la part de ses co-associés est spéciale aux actes d'administration et n'est pas admise pour les actes de disposition. Mais il ne dit pas qu'un associé ne peut pas disposer de sa part dans une chose sociale. Il est vrai qu'il ne lui réserve pas expressément ce droit, comme le faisait Pothier. Cependant, s'il avait voulu le lui retirer, il l'aurait déclaré positivement, en ajoutant par exemple : « ... même pour leur part ». L'abandon de la doctrine traditionnelle sur ce point pour l'adoption de la personnalité méritait bien cette précision. On ne saurait l'induire d'une simple réticence, Il serait sur-

prenant, en effet, qu'une innovation de cette importance se soit opérée dans un silence aussi absolu. Pas la moindre allusion n'y est faite dans les travaux préparatoires. La vérité c'est que les rédacteurs du Code Civil n'ont pas voulu mélanger deux questions différentes, dont l'une était étrangère à l'objet de la section. Il y a lieu de les approuver de n'avoir pas reproduit la faute de méthode commise par Pothier. — Certains auteurs disent que par la suppression du membre de phrase final de Pothier, les rédacteurs du Code Civil ont voulu innover en imposant à l'associé l'obligation de ne pas vendre sa part dans les objets sociaux et en rendant cette obligation opposable aux tiers, comme dans l'article 1743 il a rendu opposables à l'acquéreur les obligations résultant du bail de la chose consenti par le vendeur. — On dit aussi que le Code Civil a enlevé à l'associé le droit de disposer de sa part dans les objets sociaux et qu'il ne saurait conférer à des tiers plus de droits qu'il n'en a lui-même. — Nous estimons ces manières de voir inexactes, en ce qu'elles admettent une innovation du Code Civil, car nous pensons que l'associé a le même droit de disposer de sa part qu'au temps de Pothier. Alors comme aujourd'hui, les actes de disposition qu'il en faisait étaient subordonnés aux résultats du partage, que l'acquéreur ne pouvait provoquer avant la dissolution de la société. Et la formule finale de Pothier qui n'indiquait pas cette condition était incomplète. Aussi les rédacteurs du Code Civil ont-ils eu raison à ce point de vue encore de ne pas la reproduire. — Au reste, même en droit romain, les associés pouvaient s'interdire pour un certain temps de provoquer le partage, et ce pacte était opposable à l'acquéreur de la part de l'associé (Dig. X, III, *Communi dividundo*, l. 14, § 3). L'action en partage sanctionne, en effet, une « obligation plus attachée à la chose qu'à la personne, et qui, au cas d'aliénation, passe par exemple, avec la co-propriété, de l'aliénateur à l'acquéreur¹ ». De même les modalités qui peuvent affecter cette obligation doivent passer avec elle à l'acquéreur.

Telle est la portée que comporte, selon nous, l'article 1860. Elle exclut la personnalité morale aussi bien que la co-propriété en main commune. Le Code Civil n'a pas voulu modifier essentiellement, croyons-nous, le régime auquel étaient sou-

1. GIRARD, *Manuel de droit Romain*, 6^e éd., p. 640, note 5 ; Dig. X, III, *Communi dividundo*, l. 6, § 1.

mises les sociétés civiles dans notre ancien droit, et ce régime était celui de la *societas* romaine, c'est-à-dire l'indivision. Les articles 1849, 1862, 1863 en posent des conséquences certaines qui ne sont pas compatibles avec la co-propriété en main commune, car dans celle-ci les créances ni les dettes, pas plus que les choses corporelles, ne se divisent entre les communistes. D'ailleurs il est difficile d'admettre que le Code Civil ait consacré cette nouvelle forme de co-propriété dans un titre qui rentre dans la matière des obligations, et surtout dans une section qui traite seulement des engagements des associés entre eux, qu'il ne l'ait même pas indiquée dans le livre II relatif aux droits réels principaux ni dans le titre XVIII du livre III relatif aux privilèges et hypothèques. Cependant ce droit réel *sui generis* qu'on nous présente crée un véritable privilège au profit des créanciers sociaux et il est de principe strict dans notre droit qu'il n'y a pas de privilège sans texte. — On ne saurait s'arrêter davantage à cette observation qu'un débiteur peut par des actes de disposition non frauduleux soustraire tels et tels biens à l'action de ses créanciers, car, pour cela, il doit les aliéner, les faire sortir de son patrimoine et passer dans celui d'une autre personne physique ou morale. Il ne peut diviser son patrimoine en fractions indépendantes les unes des autres ayant chacune une affectation spéciale et exclusive. Certes, la séparation des patrimoines existe dans notre droit, en matière successorale, mais elle constitue un bénéfice exceptionnel, qui ne peut être étendu en dehors des cas prévus par la loi. De même sont exceptionnelles toutes les autres dispositions qui tendent à restreindre le gage général des créanciers : clauses d'insaisissabilité (art. 581 et 582 C. Pr. Civ.), insaisissabilité dotale (articles 1554 et s., C. Civ.). En aucune manière nous ne pouvons donc tirer de l'article 1860 les conséquences qu'on voudrait lui faire produire.

49. Quant à l'article 529 du Code Civil, invoqué par les partisans de la personnalité des sociétés civiles, il se retourne également contre eux. Les trois termes qu'il emploie ne peuvent être considérés que comme une redondance. Les compagnies de finance, personne ne le conteste, ont le caractère commercial et se trouvent ainsi comprises parmi les compagnies de commerce. Il en est de même des compagnies d'industrie. Et si l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 a jugé bon d'attribuer spécialement le caractère mobilier aux parts

dans les sociétés minières, conformément à l'article 529, c'est qu'il a pensé que ce dernier article ne s'appliquait pas de lui-même à ces sociétés, sans quoi il eût été inutile.

50. Au surplus, cette interprétation de l'article 529 du Code Civil est corroborée par l'article 69, 6^o du Code de Procédure Civile qui concerne, les travaux préparatoires le déclarent, seulement les sociétés douées de personnalité. Or, il vise textuellement et uniquement les sociétés de commerce. C'est exclure de la règle qu'il établit et par cela même du bénéfice de la personnalité morale, dont cette règle n'est qu'une conséquence, les sociétés civiles.

51. Enfin, un dernier argument semble à beaucoup d'auteurs décisif pour refuser aux sociétés civiles la personnalité morale : elles ne sont soumises à aucune publicité. Au contraire, la loi impose aux sociétés commerciales, dont nul ne conteste la personnalité morale ou tout au moins l'autonomie patrimoniale, l'accomplissement de formalités destinées à les porter à la connaissance du public ; seule l'association en participation, qui ne forme pas une personne morale, en est dispensée. Il semble donc bien que notre droit ait lié la personnalité à la publicité et cela se comprend, car la personnalité morale produit d'importants effets à l'égard des tiers, tant ceux qui ont traité ou traiteront avec les associés personnellement que ceux qui traiteront avec la société. Il est juste qu'ils soient avertis de la naissance de la société, être moral.

52. On répond, il est vrai, que la notoriété de fait qui entoure la société suffit. Du moment que les associés ont voulu rendre opposables aux tiers les stipulations du pacte social, ils ont bâti une maison de verre dans laquelle ceux-ci peuvent plonger leurs regards¹. On distingue ainsi parmi les sociétés civiles celles qui ont une existence externe et celles dont les effets doivent, dans la pensée des parties, rester renfermés entre ces dernières. Cette distinction se trouverait dans le Code Civil dont certains articles du Contrat de Société (art. 1860 p. ex.) se rapporteraient aux premières et certains autres (art. 1848, 1849) aux secondes. « La séparation, dit M. Labbé, se fera d'après la manière dont la société se comporte à l'égard des tiers² ». Pour Demolombe, le signe sen-

1. THALLER, n^o 289.

2. LABBÉ, Sirey, *Bulletin bibliographique*, 1891, p. 25, notice sur le traité du Contrat de Société de GUILLOUARD.

sible qui individualisera la société, tant civile que commerciale, sera l'existence d'un siège social. Il appuie cette assertion sur l'article 8 de la loi du 21 avril 1810¹. — La publicité légale, ajoute-t-on, a été édictée non dans l'intérêt des tiers, mais dans celui de la société, pour son crédit. En effet, les créanciers personnels des associés « ne peuvent apprendre par la publicité, telle qu'elle est organisée pour les sociétés par actions, qu'une fraction du patrimoine de leur débiteur se trouve soustraite à leur gage² ». Si le Code Civil n'a pas édicté de mesures de publicité à l'usage des sociétés civiles, c'est qu'il ne s'est pas occupé de leur crédit. Aussi bien, les opérations auxquelles se livrent ces sociétés ne se traitent pas avec la célérité de celles des sociétés commerciales ; les tiers ont le temps de se renseigner. En tout cas, la personnalité morale ne saurait dépendre de simples règles de forme. Le défaut d'inscription d'un individu sur les registres de l'Etat Civil ne l'empêche pas de jouir des droits qui sont attachés à la personne humaine. Il n'y a pas lieu de traiter différemment les personnes morales.

53. Nous ne pouvons nous ranger à cette manière de voir. Elle aboutit à créer deux sortes de sociétés civiles : celles qui ont une existence au dehors et celles qui établissent un simple règlement de comptes entre les associés. Cette distinction, qui existe pour les sociétés commerciales, n'est nulle part formulée dans le Code Civil. On prétend bien que certains articles du titre de Contrat de Société, comme l'article 1860, viseraient les premières et que d'autres, comme les articles 1848 et 1849, viseraient les secondes. C'est une hypothèse purement gratuite, qui dénoterait un défaut de méthode et de clarté inadmissible. D'ailleurs, la Cour de Cassation ne paraît pas faire cette distinction. La société civile, à laquelle l'arrêt du 23 février 1891 a attribué la personnalité morale, était occulte, s'il en fut, puisqu'elle n'était constatée par aucune écriture. Nous touchons ici au vice capital du système : la notoriété de fait ne constitue pas une base solide ; elle est faite d'éléments impondérables, difficilement appréciables, s'ils ne sont pas matérialisés. Faire reposer la personnalité sur elle, c'est ouvrir la porte à l'arbitraire. M. Labbé avoue

1. DEMOLOMBE, IX, n° 415.

2. HAYEM, *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, n° 237.

lui-même que ce « criterium est un peu incertain¹ ». Quant au signe qui, pour Demolombe, serait caractéristique de la personnalité : le siège social, aucun texte ne permet de faire jouer à celui-ci ce rôle. L'article 69, 6^o du Code de Procédure Civile prouve au contraire que la personnalité des sociétés ne dépend pas de lui, et nous avons noté déjà le caractère spécial de la loi du 21 avril 1810.

Seule la publicité légale forme un criterium sûr. Sans doute a-t-elle été édictée pour favoriser le crédit de la société ; mais nous pensons qu'elle l'a été aussi dans l'intérêt des tiers. Si le mode de publicité des sociétés par actions n'avertit pas directement les créanciers personnels des associés que certains biens de leurs débiteurs ont été soustraits à leur gage au profit de la société, cela tient à la nature de ces sociétés et à la quasi-impossibilité matérielle d'organiser la publicité au nom de chaque associé. En tout cas cette critique ne concerne pas les autres sociétés de commerce. La preuve que la publicité est faite aussi pour eux, c'est que les créanciers personnels des associés peuvent demander la nullité de la société non publiée².

Enfin, à l'objection que la personnalité morale ne saurait dépendre de simples règles de forme, on peut répliquer par cette comparaison tirée du Droit Romain. Seuls les citoyens romains inscrits sur les registres du cens jouissaient de la personnalité juridique complète. Les autres individus (pérétrins et même esclaves) n'étaient cependant pas méconnus du droit ; une protection plus ou moins étendue leur était accordée, mais ils n'avaient pas le « *caput* », ils étaient seulement, pourrait-on dire, des êtres juridiques. Dans notre droit moderne, depuis l'abolition de la mort civile, tout homme est une personne juridique dans le sens plein du mot et en dehors de toute formalité, bien que le non-accomplissement des formalités d'état civil puisse lui rendre difficile l'exercice de certains droits. On conçoit, cependant, que la reconnaissance d'une personne morale, qui d'elle-même ne se manifeste extérieurement par aucun signe certain et nécessaire, soit subordonnée à certaines règles de publicité ayant une

1. LABBÉ, Sirey, *Bulletin bibliographique* 1891, p. 25, *Notice sur le traité du Contrat de Société*, de GUILLOUARD.

2. Cass. Req. 14 avril 1893, S. 1897, 1, 487 ; Civ. 7 août 1893, S. 1894, 1, 260.

fonction analogue à l'inscription sur les registres du cens en droit romain. Par suite la société non soumise à ces règles (société civile, par exemple) produira bien des effets juridiques, mais ne pourra prétendre au bénéfice de la personnalité morale¹. Cette opinion peut se recommander d'un arrêt du Conseil d'Etat du 5 juillet 1912² qui déclare en propres termes :

« Le bénéfice de la personnalité civile conféré par la loi « implique un régime de publicité permettant aux tiers de « connaître les conditions dans lesquelles cette personnalité « civile a été constituée et peut être valablement engagée « par ceux qui ont qualité pour la représenter, notamment « dans les actions en justice. »

54. En admettant la personnalité des sociétés civiles, la jurisprudence a donc fait, selon nous, œuvre prétorienne. Elle y a été conduite, reconnaissons-le, par d'importantes considérations pratiques. L'indivision est un état passif, transitoire, qui convient mal à la réalisation d'une entreprise. La personnalité, au contraire, insuffle à la société la vie ; elle assure à la collaboration des forces mises en commun son rendement maximum. Ces avantages sont aussi utiles aux sociétés civiles qu'aux sociétés commerciales ; il n'y a aucune raison théorique d'en faire le monopole exclusif de ces dernières. La diversité d'origine historique de ces deux catégories de sociétés explique seule que nos Codes les aient traitées différemment. Les sociétés civiles ordinaires et les sociétés en nom collectif, notamment, présentent les mêmes caractères économiques essentiels.

Cette jurisprudence nous montre, en ce domaine comme en d'autres, un phénomène d'évolution juridique qui s'est produite sans l'intervention du législateur. Les besoins pratiques ne pouvaient plus s'accommoder des vieux cadres dans lesquels était renfermé le contrat de société. Une transformation s'imposait : le droit commercial l'appelait. C'est, d'ailleurs, un trait caractéristique de la marche de notre droit moderne et qui a été mis en lumière lors du Centenaire du Code Civil, que l'attraction exercée par le droit commercial sur le droit civil. Nos juges, en contact direct avec la réalité,

1. VALÉRY, *Les sociétés civiles sont-elles vraiment investies de la personnalité juridique ?* (Rev. Soc., 1913, p. 1 et s., 57 et s.).

2. Gaz. Pal., 11 septembre 1912.

ont cru devoir, sous le couvert de mots, à la vérité détournés de leur sens originaire, ratifier cette tendance à l'unification, en ce point fondamental, du régime des sociétés de commerce et de celui des sociétés civiles. Ils ont assumé ainsi, non pour la première fois, à l'instar du prêteur romain, la mission d'adapter le droit au mouvement de la vie. On ne saurait qu'approuver cette juste conception de leur rôle, les changements plus ou moins rapides mais incessants de la matière juridique ne pouvant s'accorder avec la fixité des textes, et la machine législative étant d'un fonctionnement trop lent¹.

Tout ce que l'on peut regretter, c'est que la personnalité morale des sociétés civiles ne comporte aucune publicité. Nous avons déjà indiqué la nécessité de mesures destinées à faire connaître aux tiers la naissance de l'être moral engendré par le contrat de société. Il n'appartenait pas, certes, aux juges de les édicter relativement aux sociétés civiles, si grande soit l'initiative qu'on leur reconnaisse. A cet effet l'intervention législative serait désirable².

1. Il faut remarquer, au surplus, que, si la jurisprudence est assez difficilement compatible avec la théorie de la personnalité-fiction, elle trouve au contraire sa justification dans la théorie de la personnalité-réalité. Si la personnalité de la société, aussi bien civile que commerciale, est une réalité, elle s'impose au législateur. Celui-ci peut soumettre la constitution de la société à certaines conditions, mais une fois valablement formée, la société est une personne morale. Le législateur a pu méconnaître la véritable nature de la société civile et la soumettre à un régime qui ne lui convenait pas. Cette erreur se comprend, si l'on pense que lors de la promulgation du Code Civil, les sociétés civiles étaient peu développées. Par la force même des choses, sans besoin d'une intervention législative, la société civile devait parvenir à conquérir la place qui était la sienne dans les institutions juridiques. Il suffisait pour cela qu'aucun texte ne lui refusât formellement la personnalité morale, qu'il n'y eût aucun motif d'ordre public de ne pas la lui reconnaître (Conf. PLANIOL, II, n° 1956 ; BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit Civil*, de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, IV, n° 136)..

2. La loi de finances du 13 juillet 1925 (art. 62) assujettit les sociétés civiles à une déclaration à l'enregistrement. Mais cette disposition, à but exclusivement fiscal et assortie seulement de sanctions pénales, ne saurait être regardée comme établissant la publicité des sociétés civiles. Malgré son inobservation, la société sera valable tant entre associés qu'à l'égard des tiers. (*Rev. trim. de Droit Civil*, 1925, p. 693).

B. *Sociétés civiles à forme commerciale*

55. Nous venons d'examiner la situation des sociétés qui, à raison de leur objet et en l'absence de clauses contraires de leurs statuts, sont soumises aux règles du Code Civil. Nous avons vu déjà, à propos des sociétés de commerce, qu'une société à objet civil pouvait, depuis la loi du 1^{er} août 1893, se constituer sous la forme anonyme ou en commandite par actions, ou depuis la loi du 7 mars 1925 sous la forme à responsabilité limitée, et que par cela même elle devenait commerciale. Mais une société civile peut-elle revêtir une autre forme commerciale, et, dans l'affirmative, ce seul fait lui confère-t-il la personnalité ? Cette question est intéressante, surtout si, comme nous pensons qu'il serait plus conforme aux textes de le faire, on refuse la personnalité aux sociétés civiles ordinaires. Des auteurs anciens argumentant de l'article 1873 C. Civ. soutenaient que le Code de Commerce posait pour les sociétés commerciales des règles spéciales, inextensibles aux sociétés civiles, que notamment les formes de la commandite simple, de la commandite par actions et de l'anonymat ne pouvaient être adaptées qu'à des affaires commerciales¹. Cette opinion, déjà avant la loi de 1893, était abandonnée et avec raison. La forme d'une société détermine sa puissance productrice. A ce point de vue les formes commerciales apparaissent supérieures à la forme civile, mais elles ne sont pas incompatibles avec un objet civil ; il n'y a pas, en effet, de différence intrinsèque entre les actes de commerce et les actes civils ; leur distinction, si elle est utile, n'en est pas moins artificielle ; la ligne de démarcation n'en est même pas nettement établie. Ce serait faire montre d'un formalisme étroit et stérile que de refuser aux sociétés civiles le bénéfice de formes que les sociétés de commerce ont été, certes, les premières à revêtir, mais qu'elles ne sont pas fondées à revendiquer pour elles seules. Aucune disposition prohibitive ni aucun motif d'ordre public ne viennent, d'ailleurs, arrêter ici le jeu du principe de la liberté des conventions. Confrontons la société civile avec les diverses formes commerciales.

56. Il n'est guère contestable qu'une société civile puisse

1. VINCENS, *Législ. Comm.*, I, p. 349 et s. ; DELANGLE, *Soc. comm.*, I, nos 28 et s. et 424 ; BÉDARRIDE, *Des Soc.*, nos 97 et 123.

se constituer en société en nom collectif. La solidarité, que comporte cette forme à la différence de la société civile ordinaire, peut être certainement consentie par les associés qui se livrent à des opérations civiles.

57. On doit admettre aussi la faculté pour les particuliers de constituer une société civile sous la forme en commandite simple. Seulement, il y a lieu de se demander si la stipulation statutaire de limitation de responsabilité des commanditaires, valable sans nul doute entre les associés (art. 1855), est opposable aux tiers. La jurisprudence, s'appuyant sur l'article 1863 du Code Civil, se prononce pour la négative : elle exige que la restriction de l'obligation des associés vis-à-vis des tiers soit stipulée dans l'acte spécial d'où résulte cette obligation, mais à cette condition elle permet aux associés de restreindre chacun de leurs engagements à leur mise¹.

58. Avant la loi du 1^{er} août 1893, la question se posait de savoir si les sociétés civiles pouvaient se constituer par actions. Cette loi n'a pas fait complètement disparaître l'intérêt de cette question. D'abord celle-ci demeure entière à l'égard des sociétés civiles par actions qui lui sont antérieures. En ce qui concerne les sociétés civiles postérieures, il reste à savoir si elles peuvent diviser leur capital en actions sans revêtir la forme en commandite par actions ou anonyme telle qu'elle est réglementée par la loi de 1867.

Dès avant la loi de 1893, on admettait, en doctrine et en jurisprudence, que les sociétés civiles pouvaient se constituer par actions. Les objections qui avaient été adressées à cette solution² n'avaient pas prévalu. Le législateur prévoyait déjà, en effet, que des sociétés civiles pussent comporter des actions : l'article 8 de la loi du 21 avril 1810 mentionnait les « actions ou intérêts dans une société ou entreprise pour l'exploitation des mines » et l'article 14 de la loi du 5 juin 1850 soumettait au timbre proportionnel « chaque titre ou certificat d'action dans une société commerciale, industrielle ou civile ». Quant à la négociabilité (dont est douée l'action), si elle est usitée plus spécialement en matière commerciale, elle ne doit pas être refusée cependant aux

1. Cass. Req., 21 février 1883, S. 1884, I, 361 et J. Pal, 1884, I, 929, note de M. LABBÉ.

2. VINCENS, *Législ. comm.*, I, p. 353 ; DELANGLE, *Des Soc. comm.*, I, n° 36 ; BÉDARRIDE, *Des Soc.*, n° 97 et 123.

droits de nature civile, et l'on permet, en effet, de constater des obligations civiles par des titres transmissibles à ordre ou au porteur. Mais ce principe posé, il fallait déterminer si la loi de 1867 était applicable aux sociétés civiles par actions et si oui, dans quelle mesure. Un point acquis était que ces sociétés ne devenaient pas commerciales et la limitation de la responsabilité des actionnaires était subordonnée, d'après la Cour de Cassation¹, aux mêmes conditions que celle des commanditaires.

Depuis la loi de 1893, il y a lieu de se demander si on peut constituer des sociétés civiles par actions sans les soumettre à la loi de 1867. La négative a été soutenue et sanctionnée par une Cour d'Appel². On fait valoir, en ce sens, que les prescriptions de la loi de 1867 ont leur raison d'être pour toute société par actions aussi bien civile que commerciale, qu'elles ont été édictées en particulier pour garantir les actionnaires, et que cette garantie est nécessaire quel que soit l'objet de la société.

Mais il résulte des travaux préparatoires de la loi du 1^{er} août 1893 qu'elle concerne uniquement les sociétés civiles qui revêtiraient la forme commerciale de l'anonymat ou de la commandite et qu'elle n'a pas entendu imposer aux sociétés civiles, qui voudraient se constituer par actions, l'obligation d'emprunter l'une de ces formes. Il s'agit dès lors, pour délimiter le champ d'application de la loi de 1867, de rechercher les signes distinctifs de l'anonymat et de la commandite, la qualification des parties étant exclue en raison de ses possibilités d'inexactitude volontaire ou non.

La jurisprudence fut d'abord hésitante. La Cour de Cassation fit cesser l'incertitude, en décidant, conformément à la doctrine, que ce qui caractérise une société anonyme ou, en commandite par actions, c'est, d'une part, la cessibilité des parts sociales et, de l'autre, la limitation de la responsabilité des associés au montant de leurs parts. Toute société civile, qui présentera ces deux caractères, sera assujettie aux prescriptions de la loi de 1867 et deviendra en conséquence com-

1. Cass. Civ., 21 octobre 1895, S. 1898, I, 43.

2. Besançon, 27 mars 1903, S. 1904, II, 89, note de M. HOUPIN, D. P. 1904, II, 241, note de M. PERCEROU.

merciale¹. Mais le seul véritable caractère de l'action est la cessibilité, et l'action, même négociable, n'est pas, avons-nous dit, un titre exclusivement commercial. Par contre, la responsabilité limitée des associés est propre aux sociétés commerciales (art. 26 et 33 C. Comm.), l'art. 1863 C. Civ. s'oppose à son extension aux sociétés civiles. Une société civile pourra donc diviser son capital en actions et maintenir la responsabilité indéfinie de ses membres : elle restera civile et échappera ainsi aux règles de la loi de 1867. Elle bénéficiera de cette situation, alors même qu'une clause de ses statuts stipulerait que les obligations de la société auraient pour gage exclusif l'actif social et que les administrateurs devraient rapporter cette clause, pour la rendre opposable aux tiers, dans tous les actes portant engagement au nom de la société². La soumission à l'article 1863 C. Civ. apparaît donc comme le criterium de la société civile par actions proprement dite. Mais ce criterium sera-t-il suffisamment réalisé, dès lors que dans une société civile par actions la responsabilité indéfinie des associés existera théoriquement, ou ne faudra-t-il pas encore qu'elle puisse jouer pratiquement ? La Cour de Cassation s'est rangée à cette dernière opinion : elle exige, en conséquence, que les actions des sociétés civiles, qui veulent échapper à la loi de 1867, soient nominatives, la forme au porteur permettant trop facilement aux associés d'esquiver la responsabilité indéfinie³. Cette exigence est critiquée par certains auteurs, d'après lesquels cette considération de fait ne saurait prévaloir sur l'existence juridique certaine du recours des tiers contre les associés personnellement, le législateur en reconnaissant aux sociétés civiles la faculté d'émettre des actions n'ayant pas distingué, d'ailleurs, entre les actions nominatives et les actions au porteur⁴.

1. Cass. Cr., 14 janvier 1905, S. 1907, I, 529, note de M. WAHL, D. P. 1906, I, 129 ; Civ., 7 janvier 1908, S. 1910, I, 313, note de M. WAHL, D. P. 1908, I, 126.

2. Montpellier, 20 mai 1903, S. 1904, 2, 89, D. P. 1904, 2, 241. Dans le même sens : HOUPIN, note sous cet arrêt au S. 1904, 2, 89 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1629 *in fine* ; WAHL, note au S. 1910, I, 313 sous Cass. Civ., 7 janvier. 1908.

3. Cass. Civ., 16 novembre 1910, S. 1911, I, 300, D. P. 1911, I, 321.

4. HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1629.

59. Une société civile peut donc se constituer en société en nom collectif, en société en commandite simple ou en société par actions non régie par la loi de 1867. Elle ne deviendra pas commerciale, parce que ce caractère ne dépend pas de la forme mais de l'objet et que l'article 6 de la loi du 1^{er} août 1893, qui contient une disposition contraire, est exceptionnel. L'adoption d'une de ces formes ne produira-t-elle pas cependant quelques effets sur la société civile ? Ne lui conférera-t-elle pas notamment la personnalité, comme à une société à objet commercial, à supposer que la société civile ne l'ait par elle-même ?

Parmi les règles qui s'appliquent aux sociétés de commerce, les unes, dit-on généralement, tiennent spécialement à la qualité de commerçant, telles la tenue des livres, la faillite, la compétence de la juridiction consulaire, les autres ne se montrent pas liées nécessairement à cette qualité ; les sociétés civiles peuvent donc les emprunter. Dans quelle catégorie la personnalité morale des sociétés de commerce rentre-t-elle ? Pour en refuser l'extension aux sociétés civiles, on fait valoir ce principe qu'aucune personne morale ne peut exister sans la permission de la loi. Celle-ci a concédé la personnalité d'une façon générale aux sociétés de commerce et à elles seules. Ce bénéfice ne saurait être accordé à des sociétés qui n'en présenteraient pas les caractères fondamentaux. L'emploi d'une forme commerciale ne suffit pas pour rendre commerciale une société et par conséquent pour l'investir de la personnalité. S'il en était autrement, il dépendrait de la volonté des particuliers de créer des personnes morales¹. — C'est l'application rigoureuse de la théorie qui voit dans la personnalité morale une fiction de la loi : toute fiction est d'interprétation stricte. Mais tous les partisans de la doctrine de la fiction ne vont pas jusque-là, à plus forte raison ceux des doctrines libérales récentes sur la personnalité morale. *A priori*, répondent-ils, il n'existe aucune incompatibilité entre la personnalité morale et les sociétés civiles. Elle leur est utile autant qu'aux sociétés de commerce. En l'accordant à ces dernières la loi considère moins leur objet que les garanties que leur forme donne aux tiers. Il serait irrationnel de fonder la personnalité des sociétés sur une base aussi arbitraire que celle de la détermination des actes de commerce,

1. LAURENT, XXVI, n^{os} 217 et 228 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n^o 23.

d'où dépend le caractère commercial d'une société, alors surtout que l'attribution de ce caractère à certaines sociétés souffre de difficulté. Il est donc bien préférable, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique, de reconnaître la personnalité morale aux sociétés civiles qui se sont constituées sous une forme commerciale. La publicité, que comportent ces formes, avertit les tiers de la naissance de l'être social¹. N'est-ce pas là l'essentiel ? Que leur importe sa nature civile ou commerciale ? Ajoutons — cela était vrai surtout avant la loi de 1893, mais l'est encore pour les sociétés par actions qui restent civiles — que les sociétés civiles qui revêtent une forme commerciale sont en général des sociétés groupant des capitaux importants et des actionnaires nombreux et que leur refuser la personnalité serait presque les mettre dans l'impossibilité de fonctionner. En adoptant une telle forme les associés ont entendu manifestement jouir du régime personnifiant des sociétés de commerce ; ils ont rempli pour cela les mêmes conditions ; aucune raison sérieuse ne s'oppose à ce que leur volonté ne soit sanctionnée².

C. Sociétés civiles à capital variable

60. La loi du 24 juillet 1867 permet à toute société de stipuler dans ses statuts « que le capital social sera susceptible « d'augmentation par des versements successifs faits par les « associés ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués » (art. 48). Les sociétés qui ont usé de cette faculté sont dites,

1. V. cep. Rouen, 16 juin 1890, S. 1892, 2, 309, qui n'exige pas la publicité pour une société civile par actions. Cette solution peut s'accorder, certes, avec la jurisprudence, qui admet la personnalité morale des sociétés civiles sans publicité, mais non avec l'opinion exposée au texte, qui se fonde en particulier sur la publicité de la forme commerciale pour attribuer ce bénéfice aux sociétés qui l'ont empruntée.

2. En ce sens : AUBRY et RAU, I, § 54, note 28 et VI, § 377, note 17 ; PONT, I, nos 124 et s. ; LYON-CAEN et RENAUT, II, nos 132 et 133 ; BOISTEL, *Pr. de Dr. comm.*, n° 167 ; THALLER, n° 750 ; WAHL, *Précis*, n° 989 ; THALLER et PIC, I, n° 183 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 58 ; ARTHUYS, I, n° 145 ; DREYFUS, *Sociétés civiles à forme commerciale*, p. 84 et 85 ; DE CASTÉRAS, *Sociétés civiles à forme commerciale*, p. 61 ; VANDERNOTTE, *De l'organisation des sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers* ; MEYNIAL, note S. 1892, I, 73 sous Cass. Req. 23 février 1891 ; — Cass. Civ., 3 février 1868, S. 1868, I, 185, J. Pal., 1868, I, 421, D. P. 1868, I, 225.

par suite, à capital variable et elles sont régies par le titre III de la loi du 24 juillet 1867. Or, l'article 53 contenu dans ce titre dispose que « la société (à capital variable), quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs ». C'est une disposition semblable à celle de l'article 69, 6^o C. Pr. Civ., relative aux sociétés de commerce. Comme de ce dernier article on déduit la personnalité des sociétés de commerce, de l'article 53 de la loi du 24 juillet 1867 on déduit la personnalité de toute société à capital variable. La société civile qui se sera constituée à capital variable sera donc une personne morale, sans avoir besoin de prendre une forme commerciale¹. Elle ne sera pourtant soumise à aucune publicité : le titre IV de la loi de 1867, qui réglemente la publicité des sociétés, vise uniquement les sociétés commerciales (art. 55). On dit bien que ses dispositions doivent s'appliquer à toutes les sociétés que la loi de 1867 régit² ; c'est ajouter au texte formel de l'article 55, et si l'article 58 prévoit la publicité des sociétés à capital variable en leur imposant des mentions spéciales dans l'extrait à insérer au journal, il concerne seulement celles qui sont commerciales ou ont revêtu une forme commerciale ; il n'a pas pour objet d'étendre le domaine d'application du titre IV, déterminé par l'article 55. — On a soutenu, d'autre part, qu'une société à capital variable devait nécessairement se constituer sous une forme commerciale, pour la raison que les sociétés civiles ordinaires ne jouissent pas du bénéfice de la personnalité morale³. Cette restriction est inadmissible

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n^{os} 131 et 1042 ; THALLER et PIC, n^o 183 ; ARTHUYS, I, n^o 145 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n^o 1640 ; — Cass. Civ. 22 avril 1901, S. 1902, I, 5, D. P. 1905, I, 474 ; 3 août 1909, S. 1910, I, 385. Le même bénéfice doit être accordé aux sociétés coopératives à capital variable, qui ne présentent pas les caractères juridiques des sociétés et constituent, par conséquent, des associations, sans qu'elles aient à observer cependant les règles de la loi du 1^{er} juillet 1901 (HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n^o 1633 ; Cass. Civ., 3 août 1909, précité). Sur la question de savoir si toute association sans but lucratif autre qu'une coopérative peut bénéficier des dispositions du titre III de la loi du 24 juillet 1867, en éludant la loi du 1^{er} juillet 1901, voir WAHL, note S. 1910, I, 385 sous Cass., 3 août 1909 précité.

2. LECAISNE, *Etude jur. sur les coop. de consomm.*, p. 52 ; ARTHUYS, II, n^o 867 ; HÉMAR, *Th. et Prat. des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, n^o 184.

3. PONT, II, n^o 1733 ; WAHL, *Précis*, n^{os} 1013, 1014 et 1015.

en présence des termes généraux de l'article 48¹. La personnalité morale des sociétés purement civiles à capital variable dérive donc exclusivement de la modalité de variabilité du capital. Dans l'opinion qui refuse aux sociétés civiles ordinaires la personnalité morale, l'acquisition de cette personnalité constitue donc le principal avantage que les sociétés civiles peuvent retirer des dispositions du titre III de la loi du 24 juillet 1867. Mais si l'on admet avec la jurisprudence que toute société civile jouit de la personnalité morale, quel intérêt ces dispositions restent-elles offrir à ces sociétés ? On ne le voit pas bien : les sociétés civiles pouvaient certainement, en effet, avant la loi de 1867 insérer dans leurs statuts la clause prévue à l'article 48 de la dite loi sans être astreintes, pour la mettre en œuvre, à accomplir les formalités que l'utilité de cette loi est précisément d'écarter. — Il faut avouer, d'autre part, qu'en reconnaissant la personnalité morale aux sociétés civiles à capital variable, sans aucune forme, le législateur s'est beaucoup rapproché du point de vue jurisprudentiel. Cependant, on conçoit qu'ayant voulu favoriser le mouvement coopératif par ses dispositions relatives aux sociétés à capital variable, il ait accordé à ces sociétés, dont l'objet est civil, un traitement meilleur qu'aux autres sociétés civiles. Il est à remarquer, au surplus, que pour celles qui sont commerciales il a réduit la publicité : il ne les astreint pas aux formalités de dépôt et de publication des augmentations ou diminutions du capital social, ni des retraites d'associés autres que les gérants ou administrateurs (article 62, loi 24 juillet 1867).

D. Conclusion

61. Appliquons les principes ci-dessus établis au point de savoir si la communauté légale acquerra la part dans une société civile, possédée par l'un ou l'autre époux lors du mariage ou à lui échue pendant le mariage à titre de succession, donation ou legs.

La thèse, adoptée par la jurisprudence et une fraction de la doctrine, de la personnalité morale des sociétés civiles en général conduit à déclarer mobilières les parts de ces sociétés et à décider qu'elles entreront en conséquence dans la com-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1638.

munauté légale ; peu importe, à cet égard, que ces sociétés aient ou non revêtu une forme commerciale ou se soient constituées à capital variable.

L'opinion, qui nous paraît la plus conforme aux textes, admet seules les sociétés civiles qui ont pris une forme commerciale ou se sont constituées à capital variable au bénéfice de la personnalité morale. Seules les parts de ces sociétés civiles seront donc mobilières et entreranno dans l'actif de la communauté légale.

Les sociétés civiles ordinaires ne constituent pas des personnes morales. La part de chaque associé dans ces sociétés consiste en un droit indivis sur les biens composant le fonds social ; elle prend, en conséquence, la nature mobilière ou immobilière de ces biens et entrera dans la communauté légale en tant qu'elle apparaîtra ainsi mobilière¹. Mais une difficulté se présente : la communauté aura-t-elle droit à tous les meubles qui tomberont dans le lot de l'époux associé lors du partage du fonds social, en vertu de l'effet déclaratif du partage, ou bien, prendra-t-elle dans ce lot une valeur proportionnelle à celle des meubles dans la totalité de l'actif social ? Nous étudierons cette question au chapitre suivant.

§ III. *Parts dans les associations en participation*

62. Il nous reste une dernière espèce de société à examiner : l'association en participation. Elle est réglementée par les articles 47 à 50 du Code de Commerce modifiés par la loi du 24 juin 1921. Néanmoins elle peut avoir un objet civil ; elle ne prendra pas, en ce cas, le caractère commercial². Il en est d'elle, à cet égard, comme de toute autre forme de société commerciale non prévue dans l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867, qu'a empruntée une société à objet civil. Quels sont ses traits distinctifs ? L'article 48 ancien C. Com. portant que « ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations », des auteurs et des arrêts en ont, autrefois, conclu que l'association en participation était une société

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 13 ; GUILLOUARD, *Cont. de mar.*, I, n° 372 ; HUC, IX, n° 84 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 267.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1082 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 329 ; Cass. Req. 17 juillet 1861, S. 1862, I, 374, J. Pal., 1862, 122, D. P. 1862, I, 118.

momentanée ou de courte durée ne pouvant avoir pour objet qu'une ou quelques opérations déterminées, peu nombreuses¹. Mais, depuis un certain temps déjà, un autre système a triomphé en doctrine et en jurisprudence et il a été consacré par la loi du 24 juin 1921 (art. 49 nouveau C. Com.) : le propre de l'association en participation est de ne pas se manifester aux tiers. Elle est, en effet, affranchie des formalités de publicité prescrites pour les autres sociétés commerciales. Son caractère occulte avait déjà été mis en relief dans l'ancien droit où elle était appelée « société anonyme ». C'est son véritable et seul criterium : elle peut avoir pour objet toute une branche de commerce ou d'industrie et sa durée n'importe pas, bien qu'en général elle dure peu et ne soit contractée que pour une ou plusieurs opérations particulières. D'ailleurs, la connaissance que les tiers en pourraient avoir ne lui fait pas perdre son caractère ; il suffit que les parties aient voulu que leur association ne produise aucun effet vis-à-vis des tiers.

N'ayant pas d'existence à l'égard de ceux-ci elle ne possède pas de personnalité distincte de celle des associés. Quelques auteurs et arrêts anciens se basant sur ce que la personnalité morale serait de l'essence de toute société, ou tout au moins de toute société de commerce, la lui avait accordée². Mais depuis longtemps déjà la Cour de Cassation déclare que l'association en participation ne constitue pas une personne morale et la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes en ce sens³. La reconnaissance de la personnalité

1. PARDESSUS, IV, n° 1042 ; Grenoble, 9 juillet 1831, S. 1832, 2, 373.

2. PARDESSUS, IV, nos 1045 et 1089 ; Paris, 9 août 1831, *J. Pal. chr.* - Bordeaux, 2 avril 1832, *J. Pal. chr.* ; Paris, 22 novembre 1834, *J. Pal. chr.*

3. TROPLONG, *Du Contrat de Soc.*, I, nos 480 et suiv. ; AUBRY et RAU, I, § 54, texte et note 31 ; GUILLOUARD, *Du Cont. de Soc.*, n° 22 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1057 ; HOUÏN et BOSVIEUX, I, n° 368 ; Cass. Civ. 2 juin 1834, *J. Pal. chr.* ; Cass. Req. 19 mars 1838, *J. Pal.* 1838, I, 395 ; Cass. Req. 15 juillet 1846, *J. Pal.* 1848, 2, 668 ; Cass. 5 mai 1858, S. 1859, I, 223, *J. Pal.* 1858, 1706 ; Aix, 2 mai 1871, S. 1871, 2, 261, *J. Pal.* 1871, 837 ; Cass. 22 décembre 1874, S. 1875, I, 214, *J. Pal.* 1875, 517 ; Poitiers, 22 décembre 1887, S. 1888, 2, 1, *J. Pal.* 1888, I, 79 ; Cass. 27 juin 1893, S. 1894, I, 251 ; 10 décembre 1895, S. 1899, I, 518 ; 5 février 1901, S. 1902, I, 405 ; Paris, 8 janvier 1900, S. 1903, 2, 185 ; 27 juin 1905, S. 1907, 2, 153 ; Cass. 14 mars 1911 (motifs), S. 1912, I, 441 ; Paris, 15 mai 1914 (motifs), S. 1915, 2, 30.

aux sociétés civiles n'a pas ébranlé cette solution qui a été consacrée par la loi du 24 juin 1921 (art. 49 nouv. C. Com.), et qui doit être appliquée à toutes les associations en participation, aussi bien civiles¹ que commerciales.

L'association en participation n'a pas même de fonds social : les apports restent en principe la propriété des associés. Ceux-ci agissent chacun — ou plus souvent un seul d'entre eux, le gérant, agit — en son nom personnel : ils procèdent ensuite à un règlement de comptes. — En raison de l'inexistence d'un fonds social on a contesté que l'association en participation fût une véritable société². Il n'y aurait pas véritablement mise en commun des apports des associés. Mais la mise en commun des apports ne nécessite pas le transfert d'une part de propriété de ses apports par l'apporteur aux autres associés ; elle implique seulement l'obligation de les faire servir au but commun. D'ailleurs, les associés en participation peuvent convenir que les choses par eux apportées ou acquises par eux dans l'intérêt de l'association seront indivises entre eux³. D'autre part, dans l'association en participation, comme dans toute société, les bénéfices comme les pertes doivent être partagés entre les associés. Aussi est-ce avec raison que l'article 49 nouveau C. Com. qualifie les associations en participation de sociétés.

On rattache aussi à l'absence de personnalité et de fonds social, et plus généralement au caractère occulte de la participation, l'impossibilité d'émettre des titres cessibles ou négociables au profit des associés : actions ou parts de fondateur. C'est ce que stipule l'article 49 du Code de Commerce modifié par la loi du 24 juin 1921, consacrant ainsi la jurisprudence antérieure⁴ et condamnant les avis contraires qui avaient été formulés⁵.

1. L'absence de personnalité est, par suite, la grosse différence qui sépare l'association en participation civile de la société civile. Cette différence étant écartée dans l'opinion qui refuse la personnalité aux sociétés civiles, et les unes comme les autres n'étant assujetties à aucune publicité, il reste cependant que les associations en participation civiles se distinguent des sociétés civiles en ce que les associés traitent en leur nom personnel et non en celui de la société avec les tiers, qui n'ont d'action que contre l'associé qui a contracté avec eux et non contre ses co-associés.

2. BOISTEL, *Pr. de Dr. comm.*, 1^{re} éd., p. 249 et 250.

3. Cass. Req. 27 juin 1894, S. 1898, I, 460.

4. Paris, 8 janvier 1900, S. 1903, 2, 185.

5. WAHL, note, S. 1903, II, 185, sous Paris, 8 janvier 1900, précité.

63. Ces notions générales rappelées, recherchons quel va être le sort des droits d'un associé en participation marié sous le régime de la communauté légale. Plusieurs hypothèses sont à prévoir.

L'associé, comme cela arrive d'ordinaire, pourra avoir conservé la propriété de son apport. Il pourra, d'autre part, avoir acquis en son nom des biens destinés à la participation de ses deniers ou avec des fonds lui provenant de ses co-associés. Ceux-ci auront pu aussi lui transmettre la propriété de biens, qu'ils possédaient personnellement, en vue de la réalisation des opérations qui font l'objet de l'association. Tous les biens, dont l'associé sera propriétaire lors de son mariage de l'une de ces manières, entreront ou non en communauté, suivant qu'ils consisteront en meubles ou en immeubles.

Si l'associé propriétaire d'un immeuble lors de son mariage, l'association étant déjà existante, le transfert postérieurement à son co-associé gérant, la créance qu'il acquerra en échange contre ce dernier lui restera propre, et s'il en touche le montant pendant la communauté, celle-ci lui en devra récompense.

S'il a déjà aliéné son immeuble au profit de son co-associé gérant avant son mariage, il n'aura plus alors qu'une créance mobilière contre celui-ci, laquelle tombera en communauté.

La part revenant à l'associé commun en biens dans les bénéfices qui seront produits par les opérations soumises à la participation, accomplies soit avant, soit après le mariage (part qui est souvent le seul droit du participant), tombera dans la communauté. Il y a lieu toutefois de faire une réserve pour les bénéfices provenant d'une spéculation immobilière. Ainsi l'un des époux, lors de son mariage, possède un immeuble destiné à être revendu pour le bénéfice, comme la perte, éventuels être partagés avec un associé. On pourrait se demander si ce bénéfice réalisé ne devrait pas entrer en communauté. A supposer que cet époux ait revendu son immeuble propre pour lui seul, le prix par lui touché tomberait bien provisoirement en communauté, mais serait sujet en totalité à récompense, même pour la partie de ce prix qui correspondrait à un bénéfice. Si le bénéfice, en ce cas, lui reste propre, à plus forte raison doit-il en être de même, lorsqu'il n'en garde qu'une partie. D'ailleurs, comment déterminerait-on ce béné-

fice ? En principe, c'est la différence entre le prix d'achat et le prix de vente, déduction faite des frais. Mais le bénéfice auquel aurait droit la communauté ne devrait-il pas être, plus exactement, la différence entre la valeur de l'immeuble au jour du mariage et le prix de vente ?

Il en est autrement du participant, qui, bien que déjà associé lors de son mariage, n'était pas propriétaire de l'immeuble, mais seulement créancier d'une part du prix de la vente future. Cet associé n'a jamais eu de droit sur l'immeuble, il n'a jamais possédé qu'une simple créance mobilière, qui est entrée, comme telle, en communauté.

Enfin, les associés en participation ont pu convenir que les biens sur lesquels porterait la participation seraient indivis entre eux. Le caractère mobilier ou immobilier de la part possédée par un époux lors de son mariage dans ces biens et par suite son entrée en communauté ou son exclusion de communauté seront réglés par les principes de l'indivision, comme il en est de la part dans une société civile, si l'on refuse à cette dernière la personnalité (v. *infra*, chap. II).

Toutes les solutions que nous venons de formuler, remarquons-le, ne concernent que les droits de l'époux sur les biens de l'association en participation existant au jour du mariage. Quant aux biens acquis pendant le mariage pour le compte de la même association en participation, fondée avant le mariage, soit par l'époux associé en son nom personnel, soit par tous les associés indivisément, les droits de l'époux sur ces biens entreront dans la communauté, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers (v. *infra*, chap. II).

*
* *

Toutes les solutions précédentes s'appliquent aux parts que l'un ou l'autre époux possède dans une société existante lors du mariage. Lorsqu'à cette époque la société sera définitivement constituée et non dissoute, son existence ne fera pas de doute. Mais si la société est, au jour du mariage, seulement en voie de formation ou si elle est dissoute et non encore liquidée, la question se posera de savoir si elle doit être considérée comme déjà existante ou encore existante, de telle sorte qu'elle comporte de véritables parts sociales, dont l'entrée dans la communauté légale de biens, formée par un

associé se mariant alors sous ce régime, sera régie par les principes précédemment posés. Nous allons examiner successivement les deux hypothèses.

§ IV. *Parts dans les sociétés en voie de formation
lors du mariage*

64. La société a-t-elle ou non commencé à exister avant la communauté légale ? L'immeuble apporté en société par l'un ou l'autre époux lui appartenait-il encore lors de la célébration du mariage ou appartenait-il déjà à la société ? Le caractère propre ou commun de la part de l'époux dans cette société dépendra de la solution de cette question. Nous allons donc rechercher le moment où les sociétés prennent naissance juridiquement. Il y a lieu d'envisager séparément les sociétés de personnes et les sociétés par actions.

A. *Sociétés de personnes*

65. Il importe de déterminer à quel moment la société de personnes est définitivement constituée, avant de rechercher s'il n'est pas possible de faire remonter son existence à une date antérieure.

66. On peut dire que les sociétés de personnes sont constituées dès que le contrat de société est parfait. Cela ne souffre pas de difficultés, en ce qui concerne les sociétés civiles et les associations en participation, qui sont des contrats incontestablement consensuels. Sans doute les sociétés civiles doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs (art. 1834 C. Civ.)¹, mais cela n'est nécessaire que pour la preuve et non pour la formation du contrat. L'article 1834 du Code Civil, dont la rédaction est manifestement calquée sur celle de l'article 1341 du même Code, ne fait qu'appliquer aux sociétés civiles le droit commun de la preuve contenu dans ledit article 1341². Il faut remarquer,

1. La loi du 1^{er} avril 1928 a élevé à 500 francs la recevabilité de la preuve testimoniale en matière de conventions (art. 1341 et s., C. Civ.). Mais cette loi a oublié de modifier en ce sens l'article 1834, C. Civ. Nul doute cependant que la loi nouvelle ne s'applique au contrat de société, l'article 1834 ne faisant que soumettre ce contrat au droit commun formulé à l'article 1341.

2. AUBRY et RAU, VI, § 378, p. 16 ; PLANIOL, II, n° 1955 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 136.

d'ailleurs, que, lorsqu'il sera dressé un acte de société (et il sera à tout le moins utile de le faire) la date de la constitution de la société sera pratiquement celle de l'acte, car celui-ci, et celui-ci seulement, montrera d'une façon certaine que le contrat est sorti de la phase des pourparlers, qu'il est conclu¹ ; d'autre part, la preuve testimoniale n'est pas reçue contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs (art. 1834)². Cette date ne sera opposable aux tiers que par la réalisation d'un des faits indiqués à l'article 1328 C. Civ.³ ; mais l'époux associé ne saurait invoquer cet article, qui a été édicté dans l'intérêt des tiers et non dans celui des parties, pour reculer jusqu'à l'un de ces faits la date de la constitution de la société à l'égard de la communauté, et ainsi conserver propre un immeuble par lui apporté à la société avant son mariage, si l'acte de société n'avait acquis date certaine qu'après le mariage.

67. Les sociétés en nom collectif et en commandite simple doivent, à la différence des précédentes, être constatées par actes publics ou sous signature privée quelle que soit la valeur de leur objet (art. 39 C. Com.) et être publiées (art. 55, loi 24 juillet 1867). Il y a lieu de se demander si ces formalités ne sont pas des conditions essentielles à leur constitution.

On ne peut certainement pas regarder comme telles les formalités de publicité : elles doivent être accomplies dans le mois de la constitution de la société, dit l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867 ; cela prouve qu'aux yeux de la loi la société est constituée dès auparavant.

En est-il de même de l'exigence d'un acte écrit ? Certains auteurs se basant sur les termes absolus de l'article 39 du Code de Commerce pris isolément soutiennent qu'il édicte une formalité substantielle à laquelle est subordonnée la formation de la société, en d'autres termes que l'écrit est prescrit non *ad probationem*, mais *ad solemnitatem* ; ils ajoutent que l'existence d'un écrit étant une condition nécessaire des

1. AUBRY et RAU, XII, § 762, note 3 *bis*.

2. V. note 1, page 94 *supra*.

3. HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 135, p. 153, note 3.

formalités de publicité et celles-ci étant sanctionnées par la nullité, le défaut d'écrit doit être aussi une cause de nullité, ne crée pas une simple impuissance de preuve¹. La Cour de Cassation, en décidant que les sociétés en nom collectif et en commandite simple non constatées par actes publics ou sous signature privée ne peuvent lier les parties pour l'avenir, paraît se ranger à cette opinion ; elle y apporte, toutefois, un tempérament important en admettant, en ce cas, les associés à prouver entre eux, par tous les moyens autorisés en matière commerciale, l'existence de la société dans le passé, afin d'arriver à la liquidation des opérations faites en commun².

La majorité des auteurs se prononce en sens contraire et affirme que l'article 39 du Code de Commerce n'a trait qu'à la preuve du contrat de société, qu'il n'établit pas relativement à ce contrat une condition de forme. Ils s'appuient sur la corrélation, ressortant de la similitude de rédaction, qui existe entre les articles 39 et 41 C. Com. d'une part et les articles 1341 et 1834 C. Civ. d'autre part, ces deux derniers ne tranchant, personne ne le conteste, qu'une question de preuve. L'article 39 du Code de Commerce a, en réalité, pour but de refuser aux sociétés visées par lui non seulement le bénéfice du régime de faveur institué quant à la preuve en matière commerciale par l'article 109 C. Com. mais même la faculté de preuve par témoins que l'article 1834 C. Civ. accorde aux sociétés civiles, conformément au droit commun (art. 1341 C. Civ.), dans le cas où leur objet est inférieur à 150 francs (aujourd'hui 500 francs) ; il se place ainsi uniquement sur le terrain de la preuve. On fait remarquer, en outre, que nos anciens auteurs interprétaient de cette façon l'article 1^{er} du titre IV de l'ordonnance de 1673 d'où est issu l'article 39 C. Com. ; cette disposition, nous disent-ils, n'avait pour but que d'écarter la preuve testimoniale à l'égard du contrat de société. Au surplus, les contrats solennels sont, dans notre droit moderne, l'exception, et ne peuvent être

1. PONT, II, n° 1110 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 141 ; WAHL, *Précis*, nos 512, 513 et 516 ; Cf. AUBRY et RAU, VI, § 378, note 3.

2. Cass. Civ. 28 février 1899, S. 1900, I, 22, D. P. 1899, I, 447 ; Req. 7 avril 1909, S. 1909, I, 388, D. P. 1909, I, 344 ; Req. 9 avril 1921, S. 1922, I, 180 ; Req. 15 janvier 1923, S. 1924, I, 12 ; v. aussi Toulouse, 21 juin 1872, S. 1873, 2, 169, J. Pal. 1873, 708.

établis que par un texte précis et non équivoque¹. — Nous reconnaissons la valeur de ces considérations mais il y a lieu d'en préciser la portée.

S'il n'a pas été dressé acte du pacte social, les associés en nom collectif et en commandite simple pourront les uns à l'égard des autres prouver le contrat de société par l'aveu et le serment et, dans le cas où il existerait un commencement de preuve par écrit, par des témoignages et des présomptions (art. 1347 C. Civ.) ; en ce cas, la constitution de la société datera du jour où il sera établi par ces moyens de preuve que l'accord des volontés s'est réalisé. Mais la société non constatée par écrit est inopposable d'une façon absolue aux tiers par les associés, car l'écrit est intimement lié à la publicité légale, laquelle est sanctionnée par la nullité de la société au profit des tiers principalement. Deux hypothèses sont à prévoir : ou bien il n'a pas été dressé d'acte, les formalités de publication prévues par la loi, notamment le dépôt de l'acte constitutif aux greffes, sont, par suite, impossibles, et le défaut d'écrit se confond avec le défaut de publicité ; ou bien il a été dressé un acte irrégulier, par exemple non signé, la publication de cet acte est viciée à sa base, et partant irrégulière elle-même. Dans les deux cas les tiers pourront donc faire prononcer la nullité de la société². Il faut accorder le même droit aux associés dans leurs rapports réciproques (non vis-à-vis des tiers). On leur permet, en effet, de provoquer l'annulation de la société, lorsque les règles de publicité n'ont pas été observées ; or, en l'absence d'écrit, ou d'écrit régulier, il ne peut y avoir de publicité, ou tout au moins de publicité régulière. Ainsi, semble s'écrouler l'intérêt, que nous avons allégué, de ne considérer l'exigence d'un écrit qu'*ad probationem*, puisque cela n'empêche pas la société d'être annulée, même sur la demande des associés. Toutefois, il faut bien préciser la situation de ceux-ci : si, en l'absence d'un écrit régulier, un associé veut prouver la société à l'en-

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 171 ; ARTHUYS, I, n° 227 ; THALLER et PIC, I, n° 237 ; LESCOT, *Essai sur la Période constitutive des personnes morales de droit privé*, thèse Dijon, 1913, p. 30, note 2.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 173 ; ARTHUYS, I, n° 228 ; THALLER et PIC, I, n° 238 et 241 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 141 ; *Contra*, HÉMAR, *Th. et Prat. des null. de soc. et des soc. de fait*, n° 136.

contre de ses co-associés par les moyens exceptionnels admis en ce cas, ces derniers ne pourront lui objecter que la société ne peut être prouvée que par écrit ; mais ils pourront répliquer en opposant la nullité de la société pour le défaut de publicité, résultant du défaut d'écrit. Alors se posera la question du règlement des rapports ayant existé antérieurement entre les associés, si la société a déjà fonctionné, et c'est sur ce point que les deux systèmes sont surtout divergents. Suivant la jurisprudence, ces rapports seront réglés d'après le contrat de société, qui pourra être prouvé à cet effet par tous moyens conformément à l'article 109 C. Com. Suivant la doctrine dominante, ces rapports ne pourront être réglés d'après le contrat de société non constaté par écrit que si celui-ci est établi par l'aveu ou le serment ou par un commencement de preuve par écrit complété par témoignages ou présomptions. A défaut de l'un de ces moyens de preuve, les choses resteront donc en l'état. Ainsi, chose remarquable, le système qui voit dans la prescription de l'article 39 C. Com. une condition de forme du contrat de société se trouve arriver par un tempérament, il est vrai, critiquable en droit strict mais fondé en fait et en équité, à des solutions plus libérales que le système qui ne voit dans cette prescription qu'une règle de preuve. Il ne faut pas d'ailleurs exagérer cette différence : le commencement de preuve par écrit existera en fait le plus souvent.

Nous concluons donc de tout ce qui précède que la rédaction d'un acte de société est pratiquement nécessaire pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple et que pratiquement elles seront réputées constituées à dater du jour de la signature de cet acte¹. C'est, d'ailleurs, ce qui résulte de l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867 qui prescrit l'accomplissement des formalités de publicité dans le délai d'un mois de la constitution de la société. Or, on admet qu'en ce qui concerne les sociétés en nom collectif et en commandite simple, ce délai court de la date de l'acte de société ; l'article 42 C. Com. qu'a remplacé l'article 55 de la loi de 1867 le disait expressément ; ce dernier article a modifié la longueur du délai fixé par l'article 42 C. Com., mais n'a pas voulu

1. Peu importe qu'une association de fait existât auparavant, celle-ci ne formant pas légalement une personne morale (Nancy, 19 février 1881, S. 1882, 2, 161, J. Pal. 1882, I, 828).

changer son point de départ¹. La loi place donc la constitution de ces sociétés au jour de l'acte qui les constate.

68. Les sociétés de personnes dont le commencement est subordonné à l'échéance d'un terme ou à la réalisation d'une condition sont, comme en l'absence de ces modalités, constituées du jour du contrat. Le terme n'apporte qu'un retard à l'exécution d'un contrat dont l'existence est ferme dès qu'il est formé² ; et la condition accomplie fait rétroagir le contrat à cette même époque.

69. Il y a lieu de noter, cependant, que les sociétés de personnes qui auront inséré dans leurs statuts la clause de variabilité du capital, conformément à l'article 48 de la loi du 24 juillet 1867, ne seront définitivement constituées qu'après le versement du dixième du capital social (art. 51 de la dite loi).

70. Quant aux sociétés à responsabilité limitée, qui dans l'opinion dominante³ forment un type intermédiaire entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux, elles doivent être considérées comme constituées à compter du jour de l'acte de société. C'est ce qui ressort des articles 7 et 8 de la loi du 7 mars 1925, aux termes desquels l'acte de société doit mentionner l'accomplissement des conditions spéciales requises pour la constitution de ce genre de sociétés (évaluation des apports en nature, répartition totale des parts sociales, libération intégrale de ces parts)⁴.

71. Le moment de la constitution définitive des sociétés de personnes étant ainsi déterminé, nous arrivons à la deuxième question : n'y a-t-il pas auparavant une période constitutive, pendant laquelle on serait fondé à reconnaître

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 192 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1730 ; *Contra* DELOISON, *Tr. des Soc. commerc. fr. et étrang.*, I, n° 46.

2. Les parties pourraient convenir, cependant, que la personnalité morale de la société ne prendrait naissance qu'à une date ultérieure (LYON-CAEN et RENAULT, II, n°s 245 et 528) et retarder jusque là le transfert de la propriété des apports au profit de la société (PLANIOL, I, n° 2597, 3°).

3. LÉPARGNEUR, *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, n° 5 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1557 ; DROUETS, *Tr.*, p. 53 ; PERCEROU, *Ann. de Dr. Comm.*, 1925, 92 ; PIC, *Rev. Soc.*, 1925, 597.

4. LÉPARGNEUR, *op. cit.*, n° 12 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1560 ; PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, n° 166.

les sociétés de personnes comme déjà existantes dans une certaine mesure et comme douées d'une personnalité morale naissante, dans le cas où elles pourraient prétendre à cette qualité ?

Il faut répondre négativement. On conçoit la possibilité d'une vie embryonnaire en quelque sorte pour les sociétés dont la constitution procède de l'accomplissement d'actes et de formalités successifs. Il n'en est pas ainsi pour les sociétés de personnes. Elles ne sont soumises, avons-nous dit, à aucune formalité constitutive. Dès que le contrat est formé, elles existent ; auparavant il n'y a que des pourparlers, la société n'est qu'à l'état de projet, elle ne peut avoir aucune existence juridique. Une raison décisive impose cette solution : on ne saurait fixer un point précis, où commencerait la période constitutive d'une société de personnes. Il serait loisible aux parties de la faire remonter dans le passé aussi loin qu'elles voudraient au préjudice des créanciers sociaux postérieurs à la constitution définitive. Un tel arbitraire ne peut être admis¹. Cela ne veut pas dire, d'ailleurs, que la société ne puisse prendre en charge, sous certaines conditions, des dettes contractées pour son compte avant sa formation².

72. Il ne faut pas davantage admettre l'existence d'une période constitutive, au cas où une promesse de société précéderait la conclusion du contrat définitif. On peut, en effet, envisager de deux façons la promesse de société : ou bien c'est une promesse unilatérale faite par une partie, sans réciprocité, de former une société, et alors celle-ci n'existe que du jour où le contrat est réalisé, elle peut même ne jamais exister, si la conclusion du contrat n'est jamais demandée, ou si le promettant refuse d'exécuter sa promesse, auquel cas il ne peut être condamné qu'à des dommages-intérêts ; — ou bien il s'agit d'une promesse synallagmatique de société, c'est un véritable contrat de société. Si le second contrat n'ajoute aucun élément nouveau au premier, c'est à la date du premier que remonte la société. Si les parties n'ont entendu rendre définitive la société que par la conclusion d'un second contrat, ce dernier devant être, par exemple, constaté par

1. LESCOT, *thèse précitée*, p. 34.

2. Cass. Civ. 14 février 1912, S. 1912, I, 213.

acte authentique ou sous-seing privé, la société n'aura d'existence que du jour de ce second contrat¹.

73. Nous ne pensons pas non plus qu'il y ait généralement de période constitutive pour les sociétés à responsabilité limitée. Il suffit, pour leur constitution, d'un acte de société qui constate la réalisation des conditions requises par la loi ; c'est par cet acte seulement que les parties sont liées, car ces sociétés se forment obligatoirement sans souscription publique ; auparavant, il n'y a rien qu'un projet sans valeur juridique. Cependant il est permis de supposer que les parties concluent un contrat préalable contenant tous les éléments d'un contrat de société, sinon d'un contrat de société à responsabilité limitée, l'évaluation des apports en nature, la répartition des parts sociales entre les associés, et leur libération intégrale devant avoir lieu ultérieurement. Ne peut-on pas dire qu'à partir du jour de ce premier contrat, la société à responsabilité limitée entre dans sa période constitutive ? Si l'on admet l'existence d'une période constitutive pour les sociétés par actions, il semble qu'il faille l'admettre aussi en ce cas. Nous renvoyons aux explications que nous donnons à ce sujet relativement aux sociétés par actions.

74. Il en est de même en ce qui concerne les sociétés de personnes à capital variable, pour lesquelles on peut concevoir également une période constitutive allant de la formation du contrat au versement du dixième du capital social, date de la constitution définitive².

75. Ces réserves faites, on peut conclure qu'il n'y a pas de période constitutive dans les sociétés de personnes. Tant que le contrat n'est pas formé, elles n'existent pas, ne peuvent avoir de personnalité morale, et, par conséquent, les parts sociales sont pareillement inexistantes. Si donc une personne, qui projette de constituer une société avec d'autres personnes, se marie sous le régime de la communauté légale avant la réalisation du contrat de société, elle sera encore, au jour de la célébration du mariage, propriétaire des biens qu'elle se propose d'apporter dans la société. Ces biens entreront ou n'entreront pas dans la communauté, suivant qu'ils seront mobiliers ou immobiliers. S'ils lui restent propres, comme

1. LESCOT, *th. précit.*, p. 36.

2. LESCOT, *th. précit.*, p. 30, note 2, *in fine*.

étant immobiliers, la question se posera alors de savoir si l'apport en société par l'époux d'un immeuble propre pendant le mariage donnera lieu simplement à récompense à son profit de la valeur de cet immeuble, ou si la part sociale acquise en échange deviendra elle-même propre comme subrogée à l'immeuble apporté. Nous examinerons cette question dans la deuxième partie, à propos du régime de la communauté réduite aux acquêts, où elle se pose dans les mêmes termes mais plus fréquemment. — Si, au contraire, le contrat de société est conclu avant la célébration du mariage, l'époux n'est plus propriétaire que d'une part sociale, dont l'entrée en communauté sera régie par les principes précédemment posés.

76. Que décider, cependant, dans le cas où le contrat de société serait conclu dans l'intervalle entre le contrat de mariage contenant adoption du régime de la communauté légale et la célébration du mariage, et où le futur époux apporterait dans la société un immeuble ?

Les auteurs prévoient le cas d'aliénation d'un immeuble dans cet intervalle ; ils supposent une vente ; le même principe doit régir l'hypothèse d'un apport en société : il s'agit, dans les deux cas, de la substitution d'un meuble à un immeuble, du moins lorsque la part sociale est entièrement mobilière. Etant donné le moment où l'acte est accompli, quel effet faut-il lui accorder en ce qui concerne la composition de l'actif de la communauté légale ? La doctrine est divisée.

Certains auteurs pensent que le prix de vente, ou plus précisément la créance de ce prix, doit rester propre à l'époux tant qu'elle n'est pas éteinte, et, si la communauté en touche le montant, qu'elle en devra récompense à l'époux. Ils font valoir que la solution contraire permettrait aux époux de modifier gravement les effets de leurs conventions matrimoniales, tels qu'ils ont pu les prévoir lors de la conclusion de celles-ci, de porter ainsi atteinte au principe de l'immutabilité de ces conventions formulé dans l'article 1395 du Code Civil. Sans doute, avant que le mariage ne soit célébré, ils peuvent encore apporter des changements — et celui-ci en est un notable — à leur contrat de mariage, mais ils doivent recourir à cet effet aux formes de la contre-lettre, réglementées par l'article 1396 du Code Civil. D'ailleurs, l'article 1404, 2^e alinéa, dispose que « si l'un des époux avait acquis un immeuble

depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention ». Cet article contient un argument d'analogie ; il fait à l'hypothèse inverse de celle que nous avons en vue l'application du principe écrit dans l'article 1395 du Code Civil. C'est nous indiquer que ce principe doit aussi être appliqué à notre hypothèse¹.

D'autres auteurs prétendent, au contraire, que le prix de l'immeuble vendu entre le contrat de mariage et la célébration du mariage doit entrer purement et simplement en communauté. La disposition de l'article 1404, 2^e alinéa, a été édictée pour prévenir une fraude envers la communauté signalée par Pothier. Ici, ce n'est pas le cas. Il est vrai que Pothier traitait sur le même pied l'hypothèse que nous avons en vue actuellement. Mais c'était pour empêcher qu'un des conjoints fit à l'autre un avantage « dans un temps prohibé ». Cette raison doit être repoussée de nos jours où les donations entre époux sont permises. Il faut donc interpréter restrictivement l'article 1404 al. 2, comme portant une exception à la règle générale formulée par l'article 1404 al. 1. Les conventions matrimoniales ne produisent leurs effets, en principe, qu'à compter du jour de la célébration du mariage. L'article 1399 dit expressément que la communauté légale ou conventionnelle ne peut commencer à une autre époque que le jour de la célébration du mariage. En l'espèce, d'ailleurs, aucune modification n'est apportée au régime adopté. On applique, au contraire, exactement ses règles ; il y a eu seulement, antérieurement à sa mise en vigueur, une « modification de fait » apportée à la composition des biens destinés à rester propres ou de ceux qui doivent tomber en communauté, mais non une « modification conventionnelle » devant être soumise aux articles 1396 et 1397 C. Civ.². — Cette

1. POTHIER, VII, n° 603 ; DURANTON, XIV, n° 184 ; TROPLONG, I, n° 364 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 7 ; LAURENT, XXI, n° 268.

2. TOULLIER, XII, n° 171 ; MARCADÉ, sur les art. 1404 à 1406, n° 1, 8^e éd., V, n° 494 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 371 ; PLANIOL, III, n° 928 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 74 ; BARTIN sur AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 45 *in fine*.

interprétation nous semble la meilleure : l'article 1404 crée une faveur pour la communauté ; s'il ne stipule pas la réciprocité au profit de l'époux, il faut en conclure qu'il la lui refuse. On comprend que cet article ait voulu empêcher que l'un des époux trompe les prévisions légitimes de l'autre en soustrayant à la communauté un bien qui, au moment où les conventions matrimoniales ont été arrêtées, y serait tombé, si elles avaient produit effet immédiatement. L'époux, qui aliénant son immeuble propre contre une valeur mobilière enrichit ainsi la communauté de cette valeur, le fait librement. Son conjoint ne saurait s'en plaindre et lui ne peut invoquer aucune fraude ; s'il a agi sans se rendre compte des conséquences de son acte, il doit s'en prendre à lui.

Nous estimons donc que le même sort doit être fait, sous le régime de la communauté légale, à la part sociale possédée par l'un ou l'autre époux lors de la célébration du mariage, qu'elle ait été acquise au moyen d'un apport de meubles ou d'immeubles, antérieurement ou postérieurement au contrat de mariage, dans le cas où il en aurait été dressé un. Nous déciderons, en conséquence, que la part sociale acquise par un époux contre l'apport en société d'un immeuble dans l'intervalle entre le contrat de mariage contenant adoption du régime de la communauté légale et la célébration du mariage entrera pour la totalité en communauté, si elle est mobilière, c'est-à-dire si la société est personnifiée, qu'elle y entrera dans la mesure de sa consistance mobilière basée sur la composition du fonds social, si celui-ci est indivis entre les associés.

Dans l'opinion contraire, il y a lieu de se demander si la part sociale acquise dans ces conditions devient un propre parfait, ou s'il n'est pas nécessaire à cette fin que les formalités du remploi soient remplies, à défaut de quoi la part sociale entrerait dans la communauté à charge de récompense au profit de l'époux associé de la valeur de son immeuble mis en société. Cette question ne se pose généralement que pour les biens acquis au cours du mariage, mais, puisqu'en l'occurrence on fait rétroagir la communauté au jour du contrat de mariage, elle se pose dans les mêmes termes. Nous l'examinerons à propos du régime de la communauté réduite aux acquêts.

B. *Sociétés par actions*

77. Envisageons à présent les sociétés par actions. Nous avons à rechercher à quel moment les premiers actionnaires acquièrent leurs actions, c'est-à-dire leurs droits mobiliers sur la société nouvelle, en échange des biens mobiliers ou immobiliers qu'ils lui apportent. Nous montrerons ensuite les variations qui pourront se produire dans la composition de l'actif de la communauté légale, suivant que l'actionnaire, ou le futur actionnaire, se sera marié avant, ou se mariera après cette date sous ce régime. Pour cela il est nécessaire d'examiner comment se forment les sociétés par actions.

Tandis que la constitution des sociétés de personnes est réalisée par un seul acte, celle des sociétés par actions procède d'une série d'actes. La loi la subordonne en effet à l'accomplissement d'un certain nombre de conditions, qui sont à peu près les mêmes pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions. Enumérons-les brièvement. Ce sont, par ordre chronologique :

l'établissement des statuts,

la souscription intégrale du capital social,

le versement par chaque souscripteur de la totalité ou d'une partie du montant nominal de chaque action par lui souscrite, suivant l'importance de ce montant,

la déclaration de ces souscriptions et versements faite dans un acte notarié par les fondateurs des sociétés anonymes et le gérant des sociétés en commandite par actions,

la vérification, par l'assemblée générale des souscripteurs, de la sincérité de cette déclaration notariée des souscriptions et versements, mais seulement s'il s'agit d'une société anonyme,

la vérification et l'approbation, par deux assemblées générales successives des souscripteurs, des apports en nature qui auraient été effectués et des avantages particuliers qui auraient été stipulés par certains associés,

la nomination des premiers administrateurs (s'ils ne sont pas désignés par les statuts) et des premiers commissaires des comptes, pour les sociétés anonymes, — des premiers membres du conseil de surveillance, pour les sociétés en commandite par actions. Cette nomination sera faite également par l'assemblée générale des souscripteurs, qui sera la

deuxième assemblée chargée de statuer sur l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, s'il y en a, — qui sera, dans le cas contraire, l'unique assemblée chargée en même temps d'apprécier la sincérité de la déclaration notariée des souscriptions et versements.

78. A quel moment la société sera-t-elle donc définitivement constituée ? La loi paraît fixer différemment ce moment pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions.

79. D'après l'article 25 dernier alinéa de la loi du 24 juillet 1867, les sociétés anonymes sont définitivement constituées à partir de l'acceptation par les premiers administrateurs et commissaires de leurs fonctions. Il y a lieu, par suite, de déterminer la date de cette acceptation. S'ils sont présents à l'assemblée qui les nomme, ils donneront de suite leur acceptation qui sera constatée par le procès verbal de la séance (art. 25, al. 4, l. 1867) ; s'ils n'y assistent pas ou n'y sont pas régulièrement représentés, dans le silence de la loi sur cette hypothèse, on s'accorde à admettre qu'ils pourront la donner ultérieurement par acte authentique ou sous-seing privé, qui sera annexé au procès-verbal ou déposé pour minute, avec la copie de ce procès-verbal, à la suite des statuts¹, et même que leur acceptation pourra être tacite ; les tribunaux apprécieront souverainement les faits l'impliquant : elle s'induit, par exemple, de leur entrée en fonction effective.

Il peut y avoir un ou plusieurs administrateurs (art. 22, al. 1, l. 1867), de même qu'un ou plusieurs commissaires des comptes (art. 32, al. 1, l. 1867). Si toutes les personnes désignées comme administrateurs et commissaires n'acceptent pas leurs fonctions, il y aura lieu de réunir une nouvelle assemblée pour en nommer d'autres à leur place et la société ne sera définitivement constituée que du jour où tous les administrateurs et commissaires auront accepté. Cependant si les statuts fixent un nombre minimum et un nombre maximum d'administrateurs² et de commissaires³, il suffira

1. THALLER et PIC, n° 964 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 760.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 811 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1034 ; DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Société, n° 2584.

3. DALLOZ, *Rép. prat.*, V° Société, n° 2584.

pour la constitution de la société que le nombre des acceptants soit au moins égal au minimum fixé par les statuts, et que l'assemblée générale qui les nomme, ou une assemblée générale ultérieure, décide que la société commencera à fonctionner avec ce nombre minimum d'administrateurs et de commissaires¹.

L'acceptation des fonctionnaires sociaux, si elle est nécessaire à la constitution de la société, n'en sera pas forcément le dernier acte. Les administrateurs pourront être désignés par les statuts et, s'ils y ont été parties, leur acceptation résultera *ipso facto* desdits statuts ; ils n'auront pas besoin de la renouveler, lorsque toutes les autres formalités constitutives seront accomplies ; les commissaires, par contre, seront nécessairement nommés par l'assemblée générale. Mais l'ordre des délibérations de cette assemblée — la deuxième en cas d'apport en nature² — n'est pas impérativement fixé par la loi³ ; la nomination des administrateurs et commissaires et leur acceptation pourront avoir lieu avant l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers ou la vérification de la déclaration notariée de souscriptions et de versements. Il est donc plus exact de dire que la constitution définitive de la société procédera de l'accomplissement de la dernière formalité.

80. La société en commandite par actions n'est définitivement constituée, suivant l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, qu'après l'approbation des apports en nature ou des avantages particuliers donnée par la deuxième assemblée générale ; et, suivant l'article 5 de la même loi, la nomination des membres du conseil de surveillance doit être faite aussitôt après la constitution définitive de la société. Il semble résulter des deux articles précités que la société en commandite par actions est définitivement constituée, à la différence de la société anonyme, avant la nomination du conseil de surveillance, dès que les apports en nature ou avantages parti-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, I, nos 760 et 761 ; Lyon, 11 août 1882, J. Soc., 1884, 273.

2. V. cep. ARTHUYS, n° 363. Cet auteur soutient que la nomination des administrateurs et commissaires pourrait être faite par la première assemblée de vérification délibérant dans les conditions déterminées par l'art. 30 l. 1867.

3. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 723.

culiers ont été approuvés par la deuxième assemblée générale, ou, à défaut d'apports en nature ou d'avantages particuliers, dès la déclaration notariée de souscriptions et de versements, la sincérité de celle-ci n'étant pas soumise à la vérification de l'assemblée générale mais seulement du premier conseil de surveillance¹.

Cependant la majorité des auteurs professe que la nomination du conseil de surveillance fait partie intégrante de la constitution de la société en commandite par actions, de telle sorte qu'auparavant elle est encore en voie de formation². Ils font valoir qu'aux termes de l'article 5, al. 2 *in fine* de la loi de 1867, la société ne peut commencer ses opérations avant que le conseil de surveillance ne soit nommé. Celui-ci est donc un rouage indispensable au fonctionnement de la société en commandite par actions ; sans lui, elle est incomplète. Et certes, il ne faut pas interpréter à la lettre le deuxième alinéa de l'article 5 de la loi de 1867 ; il résulte de l'ensemble de ses dispositions qu'il a prévu l'hypothèse normale où l'approbation des apports en nature et la nomination du conseil de surveillance sont l'œuvre de la même assemblée et qu'il a voulu, en réalité, faire dater la constitution définitive de la société de cette assemblée, puisqu'elle aura, en cette hypothèse, accompli les dernières formalités. Ce qui prouve bien que la loi considère la nomination du conseil de surveillance comme un élément essentiel de la constitution de la société, c'est qu'elle fait de son absence une cause de nullité de la société au même titre que le défaut de souscription intégrale du capital social ou d'approbation des apports en nature (art. 7, l. 1867). D'ailleurs, le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite par actions joue le même rôle que les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes ; or, celles-ci ne sont définitivement constituées qu'après la nomination des commissaires de surveillance ; il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas ainsi des sociétés en commandite par actions. Nous concluons donc, avec l'opinion dominante, que les sociétés en commandite par

1. En ce sens : PONT, II, n° 1036 ; ARTHUYS, n° 364 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 1499, p. 635, note 1, cf. I, n° 754 ; WAHL, *Précis*, n° 697.

2. En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 984 ; THALLER et PIC, II, n° 963 ; LESCOT, *th. précit.*, p. 93.

actions ne sont définitivement constituées qu'après que les membres du conseil de surveillance ont été nommés et ont accepté leurs fonctions.

Il y a lieu de remarquer, enfin, que, pas plus que pour les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, la publication n'est une formalité constitutive pour les sociétés anonymes et pour les sociétés en commandite par actions, puisque les unes comme les autres ne doivent être publiées que dans le mois qui suit leur constitution (art. 55, l. 1867). Néanmoins le défaut de publicité est une cause de nullité pour les sociétés par actions, comme pour les sociétés de personnes commerciales¹.

81. Ainsi donc, la constitution des sociétés par actions comporte l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. De la première à la dernière il s'écoulera un laps de temps plus ou moins long. C'est cet espace de temps que l'on appelle la période constitutive de la société. Faut-il reconnaître déjà une existence à la société pendant cette période ?

82. Mais, d'abord, toutes les sociétés par actions seront-elles précédées d'une période constitutive ? Il y en a pour lesquelles l'affirmative n'est pas douteuse, ce sont celles qui se forment par voie de souscription publique. Il se passera nécessairement un certain temps avant que toutes les actions composant le capital social soient souscrites et que les formalités subséquentes soient remplies.

Mais si la société se forme sans faire appel au public, existera-t-il aussi une période constitutive ? On se demande si, dans ce cas, les formalités édictées par la loi de 1867 pour la constitution des sociétés par actions sont obligatoires. La jurisprudence s'est prononcée pour la négative². Ces formalités, dit-elle, sont prescrites dans l'intérêt des souscripteurs, et il n'y a pas de souscripteurs ; il n'y a que des fondateurs ou apporteurs. Au surplus, la réunion d'une assemblée générale des actionnaires apparaît tout à fait inutile, puisque

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 723, dern. al.

2. La Réunion, 16 juin 1876, S. 1877, 2, I, *J. Pal.* 1877, 79 (note de M. LYON-CAEN en sens contraire), D. P. 1878, 2, 202; Cass. Civ. 26 avril 1880, S. 1881, I, 5 et *J. Pal.* 1881, 5 (note de M. LABBÉ en sens contraire), D. P. 1880, I, 267 ; Req. 9 novembre 1887, S. 1888, I, 449 et *J. Pal.* 1888, 1121 (note de M. LABBÉ) ; Paris, 21 mai 1892, S. 1892, 2, 270, D. P. 1892, 2, 325.

ceux-ci ont tous été parties à l'acte de société et qu'ils ont été à même d'en apprécier et d'en discuter les clauses. Il suffit donc que les fondateurs et apporteurs se répartissent entre eux toutes les actions composant le capital social. Dans cette opinion, la période constitutive se trouve réduite à néant. La constitution d'une société par actions, dans ces conditions, sera, en effet, semblable à celle d'une société de personnes ; elle résultera d'un simple acte de société (Cf. l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt de la Cour de l'île de la Réunion du 16 juin 1876, précité).

La majorité des auteurs, cependant, critique cette jurisprudence et assujettit les sociétés par actions qui se forment sans souscription publique à toutes les formalités établies par la loi de 1867¹. Celles-ci ont été édictées non seulement dans l'intérêt des souscripteurs mais de tous les tiers en général, notamment des futurs cessionnaires des actions et des futurs créanciers sociaux. En exempter le mode de formation dont s'agit des sociétés par actions serait créer une distinction que la loi ne fait pas et donner un moyen facile de tourner cette loi : les fondateurs n'auraient qu'à se répartir toutes les actions entre eux et à les lancer aussitôt après dans le public, qui serait ainsi privé de toutes les garanties instituées pour lui². Si donc on soumet les sociétés par actions,

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 724 ; THALLER et PIC, II, n° 835 ; THALLER, n° 498 ; ARTHUYS, I, n° 370 ; ROUSSEAU, n° 1937 ; FLOUCAUD-PENARDILLE, I, n° 337 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 622 ; Trib. Civ. Seine, 20 juillet 1886, infirmé par Paris, 21 mai 1892, S. 1892, 2, 270.

2. Malgré l'observation de toutes les prescriptions de la loi de 1867, les cessionnaires ne sont pas encore protégés : « Aucune surveillance n'est exercée sur la constitution de la société dans laquelle ils entrent. Les fondateurs ont vérifié eux-mêmes l'intégralité du capital social, ils ont pu s'entendre pour considérer comme réels des versements fictifs. Aucune espèce de contrôle n'a pu les empêcher de taxer leurs apports avec exagération, de se conférer des avantages particuliers excessifs, d'augmenter ainsi les frais de premier établissement et d'exposer les futurs actionnaires à des pertes » (GOIFFON, *De la condition des sociétés par actions pendant la période constitutive et des contrats se rapportant à leur fondation*, thèse, Paris, 1898, p. 9). Aussi a-t-on préconisé l'institution allemande des *réviseurs*, experts désignés par les chambres de commerce pour contrôler les opérations se rapportant à la constitution des sociétés, en particulier l'évaluation des apports en nature. Remarquons que la loi du 7 mars 1925 a établi des mesures différentes mais très efficaces contre l'exagération

qui se forment sans appel au public, à toutes les formalités prescrites par la loi de 1867, l'existence d'une période constitutive se conçoit pour elles aussi bien que pour celles qui se forment par souscription publique. Néanmoins, pour les premières, la période constitutive pourra être beaucoup plus courte et même pratiquement négligeable. Les fondateurs pourront, en effet, déclarer dans l'acte même de société, s'il est notarié, que le capital est intégralement souscrit par eux et le versement légal sur chaque action effectué, et, immédiatement après, tenir une assemblée générale pour vérifier la sincérité de cette déclaration et nommer les administrateurs, s'ils ne l'ont été déjà par les statuts, et les commissaires. Ceux-ci étant présents à l'assemblée et acceptants, s'il n'y a pas d'apport en nature ni d'avantages particuliers, ou même s'il existe des apports en nature qui sont indivis entre tous les actionnaires, par suite dispensés de vérification et d'approbation (art. 4, dern. al., l. 24 juillet 1867), la société se trouve définitivement constituée « presque en un trait de temps¹ ».

83. Considérant les sociétés par actions, dont les formalités de constitution sont séparées les unes des autres par un certain intervalle de temps, nous allons nous demander s'il ne faut pas leur reconnaître, pendant leur période constitutive, une existence anticipée, une personnalité juridique, la capacité d'être déjà titulaires de droits et d'obligations. Peuvent-elles notamment acquérir dès lors, sous condition de leur constitution définitive, la propriété des biens qui leur sont apportés, en échange desquels les apporteurs acquerront immédiatement, sous la même condition, des actions de la société. De la solution de cette question dépend le sort des actions ou des biens composant les apports d'une personne

de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés à responsabilité limitée, sociétés qui se forment nécessairement sans appel au public : responsabilité civile solidaire de tous les associés, responsabilité pénale de ceux qui, par des manœuvres frauduleuses, ont fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 724 *in fine* ; THALLER, n° 498 ; THALLER et PIC, II, n° 836 ; ARTHUYS, I, n° 370 ; GOIFFON, *th. précit.*, p. 8 ; M. LESCOT (*th. précit.*, p. 51) pense que la durée de la période constitutive de la société peut, en cas de souscription sans appel au public, se trouver considérablement réduite, mais qu'elle n'est pas supprimée.

qui se marie sous le régime de la communauté légale pendant la période constitutive.

84. En droit anglais, la loi accorde expressément à la *société limited* la personnalité morale bien avant sa complète formation. Lorsque sept personnes se sont entendues sur les principales clauses d'une *société limited*, un memorandum contenant ces clauses est rédigé et déposé. Après vérification de sa régularité, le *registrar* délivre aux fondateurs un certificat d'*incorporation* et dès ce moment la société jouit de la personnalité morale : les fondateurs peuvent acquérir et contracter en son nom. C'est à ce même moment que la souscription publique commence, et elle ne peut commencer auparavant.

85. Notre législation française ne renferme aucune disposition semblable. On ne saurait considérer comme équivalente l'obligation faite au fondateur par l'article 3 de la loi de finances du 30 janvier 1907 d'insérer au *Bulletin* annexe du *Journal Officiel*, intitulé depuis le décret du 3 février 1912 *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières*, avant d'ouvrir une souscription publique, une notice indiquant les conditions essentielles de la société en formation. A cette mesure destinée « à protéger l'épargne contre les lanceurs d'affaires louches » et sanctionnée seulement par une amende contre les contrevenants, la loi n'a attaché aucun effet sur l'existence de la société. Le droit antérieur n'a pas été changé à cet égard, et c'est dans la loi du 24 juillet 1867 et les principes généraux qu'il faut chercher une solution à notre question.

86. Des articles 5 et 25 de la loi du 24 juillet 1867 disant que la société n'est constituée, ne peut commencer ses opérations, qu'après l'accomplissement des diverses formalités édictées, la majorité des auteurs¹ et la jurisprudence² déduisent qu'auparavant la société par actions n'existe pas,

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 686 bis ; ARTHUYS, I, n° 369 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 423 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 611 ; WAHL, *Précis*, n° 695 ; PERCEROU, *Des Fondateurs des Sociétés anonymes*, p. 36 ; GOIFFON, *th. précit.*, p. 159 et s. ; Jur. Class. comm., Tr. des Soc., VI, fasc. 113, n°s 26 et 27.

2. Trib. com. Seine, 12 décembre 1892, et Paris, 23 juillet 1894, S. 1895, 2, 105, note de M. HOUPIN.

n'a aucune personnalité juridique, ne peut posséder de droits ni assumer d'obligations.

Cette solution s'accorde parfaitement avec la théorie qui voit dans la personnalité morale une fiction de la loi, un don gracieux du législateur. Pour l'octroi de ce bénéfice aux sociétés par actions, si la loi n'impose plus un acte spécial de la puissance publique, du moins doit-elle exiger l'accomplissement de toutes les formalités prescrites ; la personnalité vient parachever l'œuvre de constitution de la société ; il faut distinguer la société-contrat de la société-personne morale : cette dernière n'apparaît qu'après la première. Au surplus, les fictions sont d'interprétation stricte ; on ne saurait, sans un texte exprès, faire rétroagir la personnalité de la société par actions.

C'est donc seulement lors de sa constitution définitive que la société devient propriétaire des biens qui lui sont apportés et que les actionnaires deviennent titulaires de leurs actions. Cependant, on ne peut laisser les apporteurs libres jusqu'à ce moment d'effectuer ou non leurs apports. Le plus souvent, ils sont en même temps fondateurs : leurs apports font l'objet d'une clause spéciale des statuts qu'ils ont signés, ou bien ils se sont engagés par acte séparé envers les fondateurs (qu'ils le soient eux-mêmes ou non) à les effectuer. Ils sont liés déjà, mais quelle est la nature de ce lien ? Envers qui existe-t-il ?

Plusieurs systèmes ont été proposés.

87. D'après certaines théories allemandes, il se formerait entre les souscripteurs, dès que deux adhésions aux statuts auraient été données, une société de fondateurs, société civile ou société de fait, qui précéderait la société par actions à laquelle elle transférerait tous ses droits et obligations. Il ne faut pas confondre, d'ailleurs, cette société de souscripteurs avec les contrats que peuvent conclure entre eux les fondateurs et que l'on qualifie tantôt de contrat innommé, tantôt d'association civile, tantôt de syndicat, tantôt d'association en participation, tantôt de société civile¹. Nous n'insisterons pas sur ces théories qui ne paraissent pas avoir été soutenues en France. Nous relèverons seulement leur caractère fictif et leur grave inconvénient pratique. Elles ne cor-

1. GOIFFON, *th. précit.*, p. 29 ; THALLER, n° 504 ; THALLER et PIC, II, n° 846.

respondent pas à la réalité, à l'intention des parties, et elles provoquent deux mutations successives : les apports des souscripteurs entreraient d'abord dans la société primitive qui les transmettrait à la société définitive et cela entraînerait la perception d'un double droit de mutation.

88. D'après d'autres auteurs¹, la société par actions serait précédée d'une promesse de société, qui lierait tous les souscripteurs et apporteurs entre eux et qui résulterait du contrat de souscription ou du contrat d'apport. Parmi les éléments de cette promesse de société se trouverait une promesse d'apport ; comment s'analyserait cette dernière ? En une obligation de faire prise envers les autres souscripteurs. Mais en quoi consiste ce fait ? Dans le transfert de la propriété d'une chose au profit d'une tierce personne non encore existante, la société. Nous sommes donc en présence d'une stipulation pour autrui ; nous examinerons un peu plus loin l'application de ce procédé à notre hypothèse. D'ailleurs, il ne semble pas que la conception d'une promesse de société préalable à la société par actions soit exacte : une promesse de société appelle un contrat qui la réalise, or, de tous les actes et formalités subséquents au contrat de souscription ou au contrat d'apport aucun ne présente le caractère d'un contrat ; on ne peut regarder comme telles les décisions des assemblées constitutives : elles sont prises à la majorité et elles ont pour objet de vérifier certains faits ou de procéder à certaines nominations mais non de conclure un pacte.

89. On a dit aussi que les fondateurs stipulaient des souscripteurs et apporteurs en leur nom personnel et qu'ils cédaient les droits acquis par eux à la société une fois constituée. Ils deviendraient ainsi propriétaires des biens faisant l'objet des contrats d'apport conclus envers eux et ils en retransféreraient la propriété à la société après sa constitution. De cette façon encore deux droits de mutation seraient exigibles, et à l'égard des immeubles deux transcriptions seraient nécessaires. Et si les fondateurs tombaient en faillite dans l'intervalle, les biens destinés à la société risqueraient fort de ne pas parvenir ou de parvenir très diminués à leur destinataire.

90. On évite ces inconvénients, si l'on déclare que les fondateurs agissent au nom et comme mandataires de la société

1. ARTHUYS, I, n° 369.

future (théorie de Tartufari). Le lien de droit se forme alors directement entre la société et les souscripteurs et apporteurs ; la société acquiert directement de ces derniers les biens qu'ils lui apportent. Seulement, cette explication se heurte à une impossibilité juridique. On ne peut pas être mandataire d'une personne qui n'existe pas et qui n'existera peut-être jamais.

91. Echappera-t-on à cette objection en considérant les fondateurs comme les gérants d'affaires de la société future¹ ? De même que le mandat, la gestion d'affaires permet l'établissement d'un lien direct entre la société et les souscripteurs et apporteurs. Mais, à la différence du mandat, elle ne nécessite pas un accord de volontés préalable entre le gérant et le géré. Une simple ratification intervenant après coup suffit. S'ensuit-il que l'on puisse gérer l'affaire d'une personne encore inexistante ? On fait valoir en ce sens l'extension prise de nos jours par la notion de la gestion d'affaires. Cantonnée primitivement dans les actes de conservation des biens et droits déjà acquis au géré, au maître, figurant dans son patrimoine, elle peut servir actuellement à lui faire acquérir un droit qui ne lui appartient pas encore. Cela est exact, mais ne supprime pas la nécessité de l'existence du géré, lorsqu'a lieu l'acte accompli pour lui. Tout ce que l'on peut en déduire, c'est que le domaine de la gestion d'affaires correspond aujourd'hui à celui du mandat ; la différence qui sépare ces deux institutions, c'est que la première n'est pas précédée d'une convention entre le gérant et le géré². Il demeure que le géré doit avoir au moins la capacité de jouissance, lors de l'accomplissement par le gérant de l'acte générateur du droit destiné au géré. « Une gestion d'affaires, dit M. Labbé, n'est, croyons-nous, valablement entreprise qu'au nom d'une personne existante et capable. Le gérant d'affaires remplace spontanément la personne intéressée, parle en son nom et veut lui faire acquérir un droit. Il faut que ce droit qui ne peut résider sur la tête du gérant puisse immédiatement résider sur la tête du géré³ ». Ainsi donc, dans notre hypo-

1. LYON-CAEN et REAULT, II, n° 686 bis ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, I, n° 324.

2. PLANIOL, II, n° 2273.

3. LABBÉ, note sous Cass. Civ. 2 juillet 1884, S. 1885, 1, 5, J. Pal. 1885, 1, 5.

thèse, la gestion d'affaires se heurte au même obstacle que le mandat : l'inexistence de la société lors du contrat de souscription ou d'apport que concluraient en son nom les fondateurs. — Une objection, toutefois, pourrait être émise. Il est bien certain que la gestion d'affaires ne saurait servir à fixer un droit de propriété sur la tête d'une personne non encore existante. Mais ne conçoit-on pas qu'elle permette de créer un droit de créance au profit d'une personne future ? Une remarque s'impose tout d'abord : l'acte générateur d'une telle créance ne serait autre qu'une stipulation pour autrui. Or, il est contestable que la stipulation pour autrui constitue une gestion d'affaires. Celle-ci une fois accomplie est irrévocable par le gérant, tandis que celle-là est révocable par le stipulant (qui jouerait le rôle de gérant) jusqu'à l'acceptation du tiers bénéficiaire. Quoiqu'il en soit, il y a lieu d'examiner si la stipulation pour autrui ne serait pas applicable en l'hypothèse, et de nature à apporter une solution satisfaisante.

92. La stipulation pour autrui consiste dans l'opération suivante : une personne (le promettant) promet à une autre (le stipulant) d'exécuter au profit d'une troisième, non présente, une certaine prestation. Elle crée en faveur du tiers un droit direct contre le promettant, droit qui n'entre pas un moment dans le patrimoine du stipulant, mais qui est révocable par celui-ci jusqu'à l'acceptation du tiers bénéficiaire. Et l'on admet, en général, que la stipulation pour autrui peut être faite au profit d'une personne future¹. Ne peut-on pas dire que les fondateurs stipulent des souscripteurs ou apporteurs en faveur de la société future, et attribuer de cette façon directement à cette dernière les biens promis par les dits souscripteurs ou apporteurs ? Nous remarquerons d'abord que les conditions auxquelles l'article 1121 C. Civ.

1. La jurisprudence cependant ne reconnaît pas la possibilité de contracter une assurance sur la vie au profit d'une personne non encore conçue (enfants à naître) au jour du contrat (Cass. Civ. 7 février 1877, S. 1877, 1, 393, D. P. 1877, I, 337 ; Req. 27 janvier 1879, S. 1879, I, 218, D. P. 1879, I, 230 ; Civ. 7 mars 1893, S. 1894, I, 161, D. P. 1894, I, 77). Elle est viciée sur ce point par une contradiction manifeste, dit M. PLANIOL (II, n° 1244 ; v. aussi COLIN et CAPITANT, 3^e éd., II, p. 334), car elle admet qu'en matière de donation avec charges le bénéficiaire de la charge peut n'être pas encore conçu au moment de la donation.

subordonne la stipulation pour autrui ne se rencontrent pas en l'occurrence. Il n'y a pas de stipulation faite pour les fondateurs. Si ceux-ci stipulent quelque chose pour eux : parts de fondateur, actions ou autres avantages, ce n'est pas des souscripteurs qu'ils les stipulent mais de la société. Il n'y a pas non plus donation ni même plus largement dation ou promesse faite par les fondateurs aux souscripteurs. Les premiers promettent bien aux derniers des actions, mais ce ne sont pas des choses qui sont dans leur patrimoine. Il est vrai que l'on étend les dispositions de l'article 1121 et que l'on pose d'une façon générale que la stipulation pour autrui est valable toutes les fois que le stipulant a un intérêt appréciable en argent à l'exécution de l'engagement pris par l'autre partie envers le tiers¹. Cet intérêt existera le plus souvent pour les fondateurs ; ils auront intérêt à ce que les souscripteurs et apporteurs réalisent leurs apports, afin que la société puisse être constituée et fonctionner, s'ils doivent eux-mêmes retirer du fonctionnement de la société un bénéfice. Cependant ils peuvent n'avoir rien stipulé de la société pour eux-mêmes. Cela, sans doute, sera rare, mais est possible. La stipulation par eux faite en faveur de la société, alors dépourvue de support juridique, sera nulle et l'œuvre de fondation de la société se trouvera par suite privée de l'appui du droit. Le seul fait que cette éventualité puisse se produire montre l'imperfection du système. — D'ailleurs, en considérant le contrat de souscription ou d'apport sous une autre face on voit mieux encore les impossibilités juridiques auxquelles on se heurte en refusant toute existence à la société en voie de formation. Les fondateurs non seulement recueillent les engagements des souscripteurs et apporteurs envers la société future, mais encore ils s'engagent au nom de la dite société à satisfaire à toutes les obligations découlant des statuts². Or, si la stipulation pour autrui est permise à certaines conditions, la promesse pour autrui ne l'est jamais. Et l'on ne peut pas dire que les fondateurs se sont portés forts pour la société. Cela supposerait que celle-ci ratifie cet engagement, une fois constituée. Rien de tel n'apparaît. L'assemblée générale constitutive n'a pas pour mission d'approuver les statuts,

1. AUBRY et RAU, § 343 *ter*, note 17 ; DEMOLOMBE, XXIV, nos 237 et suiv.

2. DALLOZ, *Rép. prat.*, V^o Société, n^o 2381, 3^e al., b.

et, quand même elle le ferait, la société ne serait constituée qu'après et se trouverait, au moment de l'approbation, encore incapable de ratifier. On tourne dans un cercle vicieux, car tout le monde admet que la société ne peut se soustraire, après sa constitution, à ses obligations, que suivant les règles établies pour les modifications aux statuts. — Enfin, la stipulation pour autrui, si on l'admet dans l'hypothèse, ne saurait conférer à la société qu'un droit de créance contre l'apporteur ; la propriété des biens que celui-ci aura promis ne sera transmise à la société que lors de sa constitution. Du jour de la promesse jusqu'alors, ces biens resteront dans le patrimoine de l'apporteur qui pourra les aliéner ou les grever de droits réels. S'il le fait, il ne sera plus en mesure de réaliser intégralement son apport lors de la constitution de la société, car ce sont les choses promises elles-mêmes qui doivent être livrées, et ceci empêchera la société de se former ou entraînera sa nullité (art. 3, l. 24 juillet 1867).

93. Ainsi donc, en refusant à la société toute existence antérieure à sa constitution définitive on ne peut arriver à faire produire au contrat de souscription ou d'apport, d'une façon entièrement satisfaisante, les effets cherchés. Qu'on lui reconnaisse, au contraire, cette existence anticipée et tous les obstacles disparaissent. La loi nous empêche-t-elle vraiment de le faire ? Nous ne le pensons pas. Ce qu'elle défend, c'est que la société commence ses opérations avant d'être définitivement constituée. Mais nous ne voulons pas enfreindre cette interdiction ; nous estimons seulement que la société ne sort pas tout d'un coup du néant, prête à fonctionner, que son organisme, au contraire, se forme progressivement et est doué pendant sa période constitutive d'une vie embryonnaire, qu'elle peut donc jouir déjà d'une certaine capacité, qui lui permet non pas de jouer un rôle qu'elle n'est pas encore apte à jouer, mais d'acquérir des droits, de posséder un patrimoine. Elle est alors comparable à l'enfant conçu, mais non encore né ; il est naturel et juste de la traiter semblablement.

94. Certes, cette assimilation est peu compatible avec la doctrine de la personnalité-fiction. La loi ne concède la personnalité que lorsque toutes les conditions sont remplies ; auparavant il n'y a rien. Cependant, on peut considérer fictivement, en ajoutant une fiction à une autre, la société comme

dotée de personnalité à une époque antérieure à sa constitution définitive. On objectera que les fictions doivent s'interpréter strictement. La jurisprudence n'a-t-elle pas admis sans texte la fiction de survie de la personnalité des sociétés après leur dissolution pour les besoins de leur liquidation ? Pourquoi n'admettrait-elle pas la fiction de la personnalité anticipée des sociétés par actions pour les besoins de leur constitution. Il semble même qu'on puisse l'induire des dispositions légales : la loi exige le versement de la totalité ou du quart du montant de chaque action souscrite préalablement à la constitution définitive de la société. Ce versement est fait, sans nul doute, pour le compte de la société. Il serait étrange que la loi ait voulu en faire acquérir la propriété aux fondateurs, pour qu'ils la retransfèrent à la société une fois constituée. On se heurterait, d'ailleurs, à des difficultés sur le fondement juridique de l'obligation des fondateurs envers la société future. Il est bien plus naturel de penser que la loi a voulu attribuer immédiatement à la société la propriété des versements effectués ; elle lui a ainsi concédé implicitement la personnalité morale nécessaire à cet effet.

Cette extension initiale de la personnalité des sociétés par actions, dit-on généralement, est repoussée par la jurisprudence¹. Elle paraît bien impliquée, cependant, par les motifs suivants de ces deux arrêts de la Cour de Cassation :

« Attendu, dit un arrêt de la Chambre Civile du 16 janvier 1894², que la mutation résultant des apports à titre onéreux faits par les sieurs Austruy à la société minière était subordonnée à la *condition suspensive* de la constitution définitive de la société par l'effet de l'approbation des apports par l'assemblée générale des actionnaires... »

Et récemment,

« Attendu, dit un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 novembre 1923, qu'un contrat de société est formé par la réunion de deux éléments d'égale importance qui se complètent l'un l'autre pour produire effet : les statuts et la délibération de l'assemblée générale des actionnaires *constatant* la constitution de la société ; que par l'établissement en la forme authentique des statuts qui déterminent la nature et

1. Trib. com. Seine, 12 décembre 1892, sous Paris, 23 juillet 1894, S. 1895, 2, 105, note de M. HOUPIX.

2. S. 1895, 1, 97.

la durée de la société, fixent la constitution du capital social, énoncent les apports et fixent leur mode de rémunération, ainsi que l'emploi des bénéfices et la répartition des dettes, la société se trouve constituée sous une *condition suspensive*, dont la délibération de l'assemblée générale des actionnaires ne sert à établir que la réalisation¹ ».

Ainsi, ces deux arrêts considèrent expressément le contrat d'apport, les statuts comme affectés d'une condition suspensive. Mais le propre de la condition suspensive est de rétroagir au jour où l'acte a été passé. D'après le dernier arrêt, l'existence de la société rétroagit donc au jour de l'établissement des statuts, et d'après le premier, la transmission de l'apport rétroagit au jour du contrat d'apport, ce qui implique la rétroactivité de l'existence de la société à cette époque. — Ces arrêts, il est vrai, ont été rendus en matière fiscale. On en tirera peut-être argument pour restreindre leur portée. Mais si cette manière de voir est admissible en droit fiscal, pourquoi ne le serait-elle pas aussi, en droit civil, où elle présenterait de réels avantages² ?

95. Il nous apparaît, quant à nous, que la personnalité des sociétés par actions pendant leur période constitutive, mieux que par une fiction, se justifie par la réalité même³. L'établissement des statuts nous semble l'acte primordial de la fondation de la société par actions. La société tient son individualité de l'idée qu'elle a pour objet de réaliser. Lorsque cette idée est déterminée et extériorisée d'une façon suffisamment nette et que des volontés se sont mises à son service pour la mener à réalisation, de ce jour, croyons-nous, le germe social est créé ; il ne fera que se développer ; la société est conçue ; elle a déjà en elle la puissance vitale. Les personnes qui souscriront par la suite viendront adhérer à cette

1. S. 1923, I, 328.

2. Cf. Paris, 3 mars 1927 (*J. Soc.*, 1928, 99), qui regarde comme une société de fait une société anonyme en voie de formation n'ayant jamais été constituée, mais s'étant livrée à une courte exploitation, et qui déclare cette société susceptible d'être mise en faillite et refuse à ses créanciers (en l'espèce l'entrepreneur qui a effectué des travaux pour cette société) le droit d'agir contre les associés personnellement, les admettant seulement à produire à la faillite de la société.

3. THALLER, n° 501, et THALLER et PIC, II, n° 841 (théorie de la personnalité interne) ; COPPER-ROYER, I, n° 48 ; LESCOT, *th. précit.*, not. p. 195 et s.

idée et accroître ainsi sa force. Cet acte d'adhésion n'est pas un contrat. Un contrat est productif d'obligations, l'acte d'adhésion coopère à la création d'une personne morale ; leurs effets respectifs sont d'ordre essentiellement différent¹. Ce n'est pas à dire que le souscripteur ne prend pas en même temps d'engagements envers l'être social ; il prend notamment celui d'effectuer sa mise.

Nous pensons donc que la société dans cet état embryonnaire est capable d'acquérir immédiatement la propriété des biens meubles et immeubles qui lui sont apportés, que le contrat d'apport soit contenu dans les statuts ou qu'il soit conclu séparément. Ces apports sont acceptés en son nom par les fondateurs qui sont ses représentants. Aucun obstacle ne s'oppose plus à ce qu'elle soit représentée, puisqu'elle existe déjà. Ainsi l'enfant simplement conçu est représenté par un curateur. La maxime : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodo agitur*, doit être appliquée à la société en formation. Il y a là deux situations analogues. On objectera qu'une fiction ne peut être étendue. Mais nous avons essayé de montrer que ce n'est pas une fiction et nous avons dit auparavant que la jurisprudence use largement de l'idée de fiction, témoin ses décisions relatives à la personnalité des sociétés civiles et à la survie de la personnalité des sociétés pendant leur liquidation. On objectera aussi que la personnalité morale est étroitement liée à la publicité. Mais la publicité a pour but de prévenir les tiers. Or, il n'est pas question de permettre à la société de traiter avec des personnes étrangères, de commencer ses opérations ; il s'agit seulement de lui accorder l'aptitude à acquérir certains droits, notamment à devenir propriétaire de son capital. Au surplus, la société par actions est une personne morale dès avant l'accomplissement de ses formalités de publicité ; celles-ci n'interviennent que dans le mois qui suit sa constitution définitive, et tout le monde admet que la société possède la personnalité morale du jour où elle est définitivement constituée.

D'ailleurs, la société ne sera propriétaire des biens qui lui seront apportés que sous la condition *si nascatur*. Elle ne le

1. HAURIU, *L'institution et le droit statutaire*, Rec. de Législ. de Toulouse, 1906, t. II, p. 134 et s., not. p. 178 et s. ; *La théorie de l'institution et de la fondation*, Cahiers de la nouvelle journée, n° 4, p. 1 et s., notamment p. 35 et s. ; LESCOT, *op. et loc. cit.*

sera définitivement qu'après sa constitution ; mais alors sa propriété rétroagira, par l'effet de l'événement de la constitution, au jour du contrat d'apport. Si l'on ne reconnaît pas une existence anticipée à la société, il est impossible de faire rétroagir sa propriété sur ses apports à une époque antérieure à celle de sa constitution.

96. Certains auteurs ne font remonter la personnalité morale de la société par actions qu'au moment où le capital social est entièrement souscrit et le versement légal effectué, ou à celui de la déclaration notariée qui constate la réalisation de ces deux faits¹. A partir de ce moment, les fondateurs sont obligés d'achever la constitution de la société, les apporteurs ne peuvent plus retirer leurs apports, la société possède tous ses éléments essentiels, il ne reste plus que quelques formalités à remplir destinées précisément à vérifier l'existence et la consistance réelle de ces éléments.

Mais nous sommes d'avis qu'il faut faire remonter plus loin dans le passé la personnalité morale des sociétés par actions. L'élaboration des statuts accompagnée de la volonté de les mettre en œuvre nous paraît être l'acte générateur de la société. Cette opération accomplie, celle-ci est véritablement conçue. Sans doute, elle pourra ne pas parvenir au terme de sa constitution, de même que l'enfant conçu pourra ne pas naître viable, mais il existe dès lors un fait suffisamment caractérisé pour être pris en considération par le droit ; les statuts forment le centre autour duquel vont se cristalliser tous les autres éléments sociaux. Si la société se constitue, c'est donc au jour de l'établissement de ses statuts qu'il faut placer le commencement de son existence. Par suite, le transfert de la propriété des apports sur la tête de l'être social se produit rétroactivement au jour où le contrat d'apport est formé, c'est-à-dire au jour où lesdits apports sont acceptés par les fondateurs, soit dans les statuts, soit par acte séparé.

97. Dédisons à présent les conséquences auxquelles conduisent respectivement les diverses doctrines exposées ci-dessus, au cas où un apporteur d'immeuble se marie sous le

1. HÉMARD, *Th. et prat. des null. de soc. et des soc. de fait*, 2^e éd., p. 496, note 3 ; MASSART, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse, Paris, 1901, n^o 140.

régime de la communauté légale entre son contrat d'apport et la constitution définitive de la société.

Dans l'opinion qui est celle de la majorité des auteurs et de la jurisprudence (réserve faite des arrêts de la Cour de Cassation sus rapportés), d'après laquelle la société n'acquiert la personnalité morale sans rétroactivité qu'à sa constitution définitive, l'époux, lors de son mariage, est encore propriétaire des immeubles qu'il a promis d'apporter ; ils lui restent donc propres. Quant aux actions qui lui seront attribuées en représentation de cet apport, la question se posera de savoir si elles seront subrogées de plein droit dans son patrimoine propre aux immeubles apportés, ou si elles tomberont dans la communauté à charge de récompense au profit de l'époux de la valeur de ses immeubles mis en société. Nous examinerons cette question à propos du régime de la communauté réduite aux acquêts.

Si l'on fait remonter la personnalité morale de la société par actions seulement au jour de la souscription intégrale du capital social ou de la déclaration notariée de souscriptions et de versements, on reporte à cette date le transfert à la société des immeubles à elle apportés. Que l'apporteur d'un immeuble se marie après cette date sous le régime de la communauté légale, les actions qui lui seront délivrées en représentation de son apport entreront en communauté parce que c'est du jour où il transfère la propriété de son apport à la société qu'il acquiert en échange contre elle le droit mobilier représenté par l'action. Qu'il se marie, au contraire, avant la souscription intégrale du capital social ou la déclaration notariée de souscriptions et de versements (suivant les opinions), il sera alors encore propriétaire de l'immeuble qu'il doit apporter à la société et il le conservera en propre.

Enfin, si l'on pense avec nous que la société acquiert la propriété des biens apportés dès le contrat d'apport, il faudra que l'apporteur d'immeuble se marie avant ce contrat pour garder son immeuble propre. S'il se marie après, il ne possèdera plus, lors de son mariage, qu'un droit mobilier contre la société subordonné, il est vrai, à la condition de la constitution définitive de la société, mais qui, cette condition accomplie, rétroagira au jour du contrat d'apport et les actions qui lui seront délivrées en représentation de ce droit entreront par suite en communauté.

98. Il nous reste à signaler une dernière hypothèse : à supposer que les futurs époux fassent un contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté légale, si dans l'intervalle entre ce contrat et la célébration du mariage intervient la constitution définitive d'une société par actions, ou la souscription intégrale du capital social, ou le contrat d'apport, par suite de quoi l'époux transfère à la société la propriété d'un de ses immeubles, doit-on tirer un argument *a contrario* de l'article 1404 C. Civ. pour décider que les actions attribuées à cet époux en échange de l'apport de son immeuble lui resteront propres ou tout au moins que la communauté lui devra récompense de la valeur de cet immeuble ? La question se présente dans les mêmes termes que pour les sociétés de personnes, à propos desquelles nous l'avons examinée, et elle doit recevoir la même solution. Nous pensons donc qu'il n'y a pas lieu de tirer argument *a contrario* de l'article 1404 et que les actions dont l'époux sera incontestablement propriétaire au jour de la célébration du mariage entreront en communauté.

§ V. *Parts dans les sociétés dissoutes
mais non encore liquidées lors du mariage*

99. Nous venons de déterminer le moment où la part sociale naît. Nous allons rechercher maintenant celui où elle s'éteint. Il semblerait, à première vue, que ce fût à la dissolution de la société. Cependant tout n'est pas fini alors : il reste une masse de biens à liquider et à partager. S'il s'agit d'une société dénuée de personnalité, la dissolution ne changera pas la nature de la part sociale, laquelle demeurera après, comme elle était avant, un droit indivis sur cette masse de biens ; c'est seulement le partage qui la fera disparaître en la commuant en un droit privatif. Mais s'il s'agit d'une société douée de personnalité, la part sociale, avons-nous dit, étant un droit de créance mobilier contre l'être social ne conservera ce caractère que tant que durera l'être social ; après, elle fera place à un droit qui portera soit indivisément soit divisément mais toujours directement sur les biens ayant appartenu audit être social, et empruntera leur nature mobilière ou immobilière. Il y a donc lieu de déterminer le moment où la société perd sa personnalité morale.

Est-ce à sa dissolution ? Une logique stricte, dit-on, con-

duirait à l'admettre. Son rôle actif est alors terminé ; elle ne peut plus se livrer à des opérations nouvelles ; il ne reste plus qu'une masse de biens à liquider et à partager. Cependant, cette solution présenterait de graves inconvénients. Un des effets les plus importants de la personnalité morale cesserait précisément au moment où il serait le plus utile, nous voulons parler du droit de gage des créanciers sociaux sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Ces derniers créanciers viendraient en concours avec les premiers sur les biens de la société dissoute qui seraient devenus la propriété indivise des associés. La personnalité n'assurerait aux tiers ayant traité avec la société qu'une situation bien précaire au détriment de la société elle-même, dont le crédit serait ainsi diminué. D'autre part, la substitution du régime de la communauté à celui de la personnalité morale apporterait à la liquidation des entraves, des complications.

Si, au contraire, on laisse subsister la personnalité morale de la société pendant la liquidation, tous ces inconvénients disparaissent. D'autres systèmes, à la vérité, ont été proposés pour y remédier. Nous ne ferons que les indiquer brièvement, car ils n'ont pas eu de succès, et avec raison, selon nous. Ils partent de cette idée que la société cesse d'exister à sa dissolution.

100. D'après l'un de ces systèmes, une société nouvelle succéderait à l'ancienne pour les besoins de la liquidation de cette dernière¹. Cette société de liquidation serait douée aussi de personnalité et hériterait de tous les droits et obligations de la société dissoute. A leur part dans la société ancienne ferait donc place pour les associés une part dans la société nouvelle, qui aurait pareillement le caractère d'un droit de créance mobilier contre celle-ci. Si un associé se mariait sous le régime de la communauté légale pendant la liquidation de la société dissoute, cette part dans la société de liquidation entrerait, par suite, en communauté, même si parmi la

1. ALAUZET, *Comment. des soc. civ. et comm.*, n° 613 ; BEHREND, *Lehrbuch des Handelrechts*, et FRANCKEN, *Die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft in geschichtlicher Entwicklung*, p. 53 et s., 141 et s., cités par MM. BOURGUET (p. 86, note 1, BEHREND, et p. 88, note 1, FRANCKEN) et ROY (p. 58, BEHREND, et p. 60, note 1, FRANCKEN), dans leurs thèses ci-après énoncées.

masse des biens à liquider il y avait des immeubles. — Mais ce système donne lieu à de graves objections. Une société ne se forme qu'avec le consentement unanime de ses membres. Or, quand les associés ont-ils manifesté l'intention de fonder une société de liquidation ? Jamais, certes, d'une manière expresse. On ne peut invoquer qu'une présomption de volonté, que l'on fait découler du contrat primitif. Sans doute, les associés ont-ils voulu, dès le début, assurer aux tiers après la dissolution les mêmes garanties que celles dont ils jouissaient pendant le fonctionnement de la société ; mais ils n'ont certainement pas pensé qu'il fût nécessaire pour cela de substituer une société nouvelle à la société dissoute. Cette société de liquidation est une création purement fictive et, fiction pour fiction, nous préférons encore celle de la survie de la personnalité de la société pendant sa liquidation : elle est plus simple et plus conforme à la volonté des parties. Au surplus, ce système présente un inconvénient qui suffit à le faire rejeter. Il supprime la possibilité de faire valoir les causes de nullité dont pourrait être atteinte la société primitive ; elles n'empêchent pas, en effet, la société nouvelle d'être parfaitement régulière, par conséquent inattaquable, et cependant il est inadmissible que soient ainsi couverts les vices infectant la société originale.

101. Un autre système applique la théorie de la propriété collective. A la dissolution de la société, la personnalité morale prenant fin, les biens sociaux deviendraient non la propriété indivise mais la propriété collective des associés¹. Ce régime dominé par l'idée d'affectation spéciale permettrait à ces biens de rester le gage exclusif des créanciers sociaux. Cependant, au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire celui de la nature mobilière ou immobilière du droit des associés, ce régime ne différerait pas de celui de l'indivision. Le droit de propriété collective des associés porterait, comme leur droit de propriété indivise, directement sur les choses sociales dont il revêtirait le caractère mobilier ou immobilier. On ne pourrait même plus, pour lui conférer le caractère uniformément mobilier, invoquer l'importance prédominante des choses mobilières par rapport aux choses immobilières dans la

1. JOSSEMERAND, *Essai sur la propriété collective*, Livre du Centenaire, I, p. 368 et s.

société¹ ; cette prééminence n'est établie qu'en considération de l'objet de la société, et, celui-ci terminé, elle n'a plus de fondement.

Ce système conduirait à décider que la part d'un associé, se mariant sous le régime de la communauté légale après la dissolution de la société et pendant sa liquidation, entrerait en communauté dans la mesure où elle porterait sur les biens mobiliers de la société et lui resterait propre dans la mesure où elle porterait sur ses biens immobiliers.

Nous ne saurions admettre ce système. Il se heurte à toutes les objections que nous avons formulées contre l'instauration du régime de la propriété collective dans notre droit positif français. Nous ajouterons une remarque : il serait encore plus admissible de maintenir après la dissolution de la société jusqu'au partage le régime de la propriété collective, auquel on soumettrait la dite société pendant son cours, que de faire succéder, à sa dissolution, le régime de la propriété collective à celui de la personnalité morale. On pourrait, en effet, à la rigueur, soutenir que le contrat de société soit susceptible d'engendrer le régime de la propriété collective ; mais faire procéder celui-ci du fait de la transmission du patrimoine social de la tête de la personne morale sur celle des associés supposerait que le régime de la propriété collective fût le régime de droit commun des choses appartenant à plusieurs personnes. Ceci est en contradiction formelle avec les principes de notre droit. Que si l'on prétendait voir dans le contrat de société la source du régime de la propriété collective pendant la liquidation, invoquant la volonté présumée des parties, on ne s'expliquerait pas pourquoi les parties voudraient que la dissolution de la société opère ce changement de régime, pourquoi elles n'établiraient pas dès le début pour la durée de la société le régime de la propriété collective, puisqu'il assurerait au fonctionnement de la société sensiblement les mêmes avantages que celui de la personnalité morale.

102. Le moyen le plus simple et le plus satisfaisant juridiquement de supprimer les inconvénients résultant de la succession du régime de l'indivision à celui de la personnalité morale est donc de prolonger ce dernier régime jusqu'à la fin de la liquidation de la société.

1. THALLER, n° 447.

C'est la solution qu'a adoptée expressément le droit anglais. Les *joint stock companies* (sociétés revêtues de la personnalité morale) ne sont dissoutes et par suite ne perdent leur personnalité morale qu'après la liquidation. Lorsque les opérations de liquidation d'une *joint stock company* sont terminées, les associés sont convoqués en vue d'approuver les comptes de liquidation par une annonce insérée au *London Gazette*, journal officiel anglais. Le compte rendu de l'assemblée qui approuve ces comptes est adressé au *Registrar*, personnage chargé de la garde et de la conservation de tous les documents relatifs aux *joint stock companies*. C'est seulement dans les trois mois qui suivent l'enregistrement de ce compte rendu que la compagnie est définitivement dissoute.

De même, la loi belge (loi de 1873, art. 111) admet la survie de la personnalité morale de la société pendant sa liquidation.

La loi française ne contient aucune disposition semblable. Cependant, la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à proclamer que la personnalité morale des sociétés survit à leur dissolution. Seulement les explications théoriques de cette solution diffèrent.

La majorité de la doctrine et la jurisprudence voient là une fiction nécessitée par les besoins de la liquidation de la société et ils en restreignent la portée à la satisfaction de ces besoins. C'est en invoquant ce principe limitatif qu'ils refusent à la société en liquidation la faculté de se livrer à des opérations nouvelles. Mais est-ce là la seule limitation qu'il convient d'apporter à cette fiction et notamment quelle influence faut-il lui accorder sur la détermination de la nature de la part sociale pendant la liquidation ?

103. L'article 529 C. Civ. dit que les actions et intérêts dans les compagnies de finance, de commerce et d'industrie sont réputés meubles tant que dure la société. Admettant que celle-ci subsiste après sa dissolution, il s'agit donc de préciser si elle existe encore suffisamment pour conserver à ses parts leur caractère mobilier.

Certains auteurs¹ et certaines décisions judiciaires déduisent de la survivance de la société pendant sa liquidation que l'article 529 C. Civ. doit continuer à recevoir son application.

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 366, f ; PLANIOL, I, n° 2261 ; COLIN et CAPITANT, 3^e éd., I, p. 704 ; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 116 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 348, 4^o.

Il résulte de cette fiction, disent-ils, que jusqu'à la fin de la liquidation chaque associé n'a pas sur les biens sociaux « un droit indivis et privatif de co-propriété, mais seulement un intérêt constituant un droit de nature purement mobilière¹ », « le droit des associés ne se convertit pas par la mise en liquidation de la société en une co-propriété indivise de l'actif social ; jusqu'au résultat final de la liquidation, ce droit conserve sa nature mobilière² », et, à cet égard, « il n'y a point de distinction à faire entre les rapports des associés entre eux et les rapports avec les tiers³ ».

On trouve cependant des décisions judiciaires qui rejettent l'application de l'article 529 après la dissolution de la société, notamment des arrêts de la Cour de Cassation dont d'autres, que nous venons de citer, se sont prononcés en sens contraire. « En droit, dit par exemple un arrêt de la Chambre des Requêtes du 24 mai 1892⁴, si d'après l'article 529 C. Civ. les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie sont meubles par la détermination de la loi à l'égard de chaque associé seulement, il n'en est ainsi que tant que dure la société ; en présence d'une société dissoute, le droit de l'associé s'appliquant directement aux objets qui formaient l'actif social devient meuble ou immeuble suivant qu'il a pour objet des meubles ou des immeubles ».

104. Ces divergences de notre Cour Suprême s'expliquent par la distinction qu'elle établit, contrairement à certaines Cours d'Appel⁵, entre les rapports des associés entre eux et les rapports avec les tiers. Il est à remarquer, en effet, que dans les arrêts où elle déclare que les associés pendant la liquidation de la société n'ont pas sur les biens de celle-ci un

1. Cass. Req. 29 mai 1865, *J. Pal.* 1865, I, 785, D. P. 1865, I, 380.

2. Cass. Civ. 3 février 1868, *J. Pal.* 1868, 421, D. P. 1868, I, 225 ; Nancy, 19 février 1881, *J. Pal.* 1882, I, 828 ; Bordeaux, 30 mars 1886, *J. Pal.* 1888, I, 979 ; Trib. Civ. Caen, 13 août 1894, sous Cass. Civ. 3 février 1898, S. 1898, I, 293 ; Trib. Civ. Seine, 4 novembre 1893, sous Cass. Civ., 14 juin 1898, S. 1898, I, 468 ; rapport du conseiller Georges LEMAIRE, sous Cass. Req. 15 novembre 1887, *J. Pal.* 1888, I, 1825.

3. Bordeaux, 30 mars 1886, *précité*.

4. S. 1892, I, 469. V. aussi Cass. Civ. 3 janvier 1900, S. 1900, I, 291.

5. Bordeaux, 30 mars 1886, *précité*. Cf. dans le sens de cet arrêt : PONT, II, n° 1932 *in fine*, et en sens contraire : même auteur, n° 1987.

droit de co-propriété indivise mais un droit de nature purement mobilière conformément à l'article 529 du Code Civil, c'est pour faire triompher les ayants-cause de la société en conflit avec les ayants-cause des associés, pour décider, par exemple, que les hypothèques légales du chef des associés ne viennent pas frapper les immeubles sociaux après la dissolution et tant que dure la liquidation¹, ou que les dits immeubles vendus par le liquidateur passent directement du patrimoine de la société dans celui de l'acquéreur. Cette distinction est très nettement formulée dans un arrêt de la Chambre Civile du 12 février 1890² : « Si, par une fiction nécessaire, dit cet arrêt, une société dissoute est toujours réputée existante jusqu'à son entière liquidation, cette règle ne s'applique que dans la mesure où elle est exigée pour conserver les droits des tiers et faciliter les opérations de la liquidation. Les associés n'en sont pas moins dans leurs rapports entre eux co-propriétaires des biens appartenant à la société dissoute, quoique non encore liquidée ».

105. A quelle solution cette distinction nous conduit-elle relativement à la communauté légale ? Les droits que la communauté pourra acquérir dans une société dissoute mais non encore liquidée lors du mariage, c'est de l'époux associé qu'elle les tiendra. Leur nature à son égard sera donc celle qu'ils ont dans les rapports des associés entre eux ou de ceux-ci avec leurs ayants-cause personnels et non celle qu'ils présentent vis-à-vis des tiers ayants-cause de la société. Ce sont, par conséquent, des droits de co-propriété indivise dans l'ancien actif social, que la communauté trouvera et elle s'en emparera seulement dans la mesure où ils porteront sur des meubles. Telles paraissent du moins les conséquences logiques de la distinction ci-dessus énoncée.

Nous ne connaissons pas d'arrêt de la Cour de Cassation ayant statué sur cette question de l'entrée en communauté des droits sociaux d'un époux se mariant après la dissolution et pendant la liquidation de la société. Mais l'arrêt de la Chambre Civile du 12 février 1890 précité, rendu également en matière de communauté, paraît bien impliquer la solution que nous avons posée. En l'espèce, le mari avait formé une

1. Cass. Req. 29 mai 1865, *précité*.

2. S. 1891, I, 230, *J. Pal.* 1891, I, 545, D. P. 1890, I, 204.

société avec un tiers pendant le mariage ; il était incertain que ses droits dans la dite société étaient entrés dans sa communauté conjugale ; mais cette société s'étant dissoute pendant le mariage, puis celui-ci s'étant dissous, avant que la société ne fût liquidée, par le décès de la femme, et le mari postérieurement à ce décès s'étant rendu adjudicataire d'un immeuble social, il s'agissait de savoir s'il devait payer les droits de mutation seulement sur la part de son co-associé dans cet immeuble ou en outre, puisque ses droits sociaux étaient devenus communs, sur la part de communauté revenant aux héritiers de sa femme dans cet immeuble. La Cour de Cassation s'est prononcée en ce dernier sens, et voici son argumentation : à la dissolution de la société les associés devenant dans leurs rapports réciproques co-propriétaires indivis des biens sociaux la communauté s'est trouvée, à la dissolution de la société en question, saisie de la *part indivise* du mari dans cette société ; dans les rapports des époux entre eux cette part devait être considérée non comme un droit purement mobilier, mais comme une propriété ; l'objet de cette propriété encore indéterminé au moment de la dissolution de la communauté s'est trouvé déterminé par le partage et la licitation qui ont eu lieu ensuite et qui ont produit un effet rétroactif à la dissolution de la société.

Il n'y a pas de raison pour déterminer différemment la nature des droits d'un époux dans une société dissoute mais non encore liquidée par rapport à la communauté suivant que cette dernière les trouve pendant son cours ou à sa formation. Seulement si elle les trouve à sa formation, au lieu de les appréhender en totalité elle ne se saisira que de leur partie mobilière, et d'après la règle sus relatée, ce sont les meubles mis au lot de l'époux dans le partage effectué postérieurement au mariage qui, réputés appartenir à cet époux en vertu de l'effet déclaratif du partage à partir de la dissolution de la société, seront censés avoir été trouvés et par suite seront acquis par la communauté. (Sur l'application de l'effet déclaratif du partage à la communauté. v. *infra*, ch. II).

C'est aussi la solution généralement adoptée par les auteurs qui ont envisagé cette hypothèse¹. On fait remarquer en ce

1. TOULLIER, XII, n° 97 ; DURANTON, XIV, n° 122 ; DE FOLLEVILLE, *Tr. du cont. péc. de mar.*, n° 147 ; DEMOLOMBE, IX, n° 421 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n° 371 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 346 ; LAURENT, V,

sens qu'il importe peu à la liquidation de la société que les droits d'un associé entrent ou non dans la communauté conjugale de ce dernier ; la fiction de survie n'ayant plus, à ce point de vue, sa raison d'être ne doit plus être appliquée. Les fictions sont d'interprétation stricte. Cette opinion peut, en outre, arguer des travaux préparatoires du Code Civil sur l'article 529. Dans son exposé des motifs au Corps Législatif Treilhard a dit, en effet, à propos de cet article : « Observons cependant que les actions dans les Compagnies de commerce, d'industrie ou de finance, ne sont réputées meubles, que... tant que dure la société, car les immeubles appartenant à l'entreprise... sont encore immeubles à l'égard des associés, lorsque la société étant rompue, il s'agit d'en régler et d'en partager les bénéfices ou les pertes¹ ».

106. La Cour de Cassation a eu plus souvent à apprécier la nature mobilière de la part dans une société dissoute mais non encore liquidée, au point de vue fiscal. Les actions et intérêts de nature mobilière conformément à l'article 529 C. Civ. sont, en effet, passibles d'un droit de mutation réduit. Si la part sociale après la dissolution de la société est réputée conserver sa nature mobilière en vertu de la fiction de survie de l'être moral pendant la liquidation, sa cession bénéficiera de ce tarif réduit ; si, au contraire, la part sociale n'est plus alors regardée que comme un droit de co-propriété indivise sur l'actif de la société, sa cession sera passible des droits ordinaires frappant les mutations à titre onéreux de biens meubles et immeubles suivant la consistance mobilière ou immobilière de cet actif. Il est intéressant de connaître les

n° 506 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et Surville*, I, n° 267 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 228 (toutefois ces auteurs ne donnent cette solution qu'« à supposer que la personnalité morale d'une société civile ou commerciale prenne fin dès le moment de la dissolution » et ils renvoient sur la question à leur *Traité des Biens* (art. 529) et à leur *Traité des Contrats Civils* (Société) ; or, au *Traité des Biens*, n° 116, ils disent qu'en vertu de la survie de la personnalité de la société pendant sa liquidation, l'article 529 conserve son empire tant que celle-ci n'est pas terminée) ; THALLER, n° 447 ; THALLER et PIC, I, n° 619 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 277 ; MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse, Dijon, 1880, n° 9, p. 84 ; DALLOZ, *Jur. Gén. V° Cont. de Mar.*, n°s 601 et s., Supp., eod. V° n° 181 ; conf. BOISTEL, *Pr. de dr. comm.*, 1^{re} éd., p. 258, al. 1 in fine.

1. FENET, XI, p. 37.

décisions de la Cour de Cassation à cet égard et de les rapprocher de la solution que nous venons d'exposer et qui paraît devoir être la sienne, en ce qui concerne la composition de l'actif de la communauté légale. Notre Cour Suprême décide que de la continuation de l'être moral pendant toute la durée de la liquidation « il s'ensuit que la cession des droits d'un associé dans une société en liquidation ne peut être considérée comme la vente d'une fraction de la co-propriété indivise du fonds social mais bien comme la transmission d'un meuble incorporel consistant dans la part d'intérêt du cédant, et qu'elle n'est soumise qu'à la perception du droit » réduit¹. Cependant, si la cession a pour effet de réunir sur la même tête tous les droits sociaux, la Cour de Cassation la soumet au droit ordinaire de mutation mobilière ou immobilière, sous prétexte que la liquidation prend fin et l'être moral cesse d'exister *ipso facto*, et que c'est par suite « la propriété même des biens composant le fonds social qui se trouve ainsi directement acquise par le cessionnaire² ». Cette dernière solution est très contestable, car la liquidation n'est pas forcément terminée du fait que toutes les parts sociales se réunissent entre les mains d'un seul associé. Celui-ci sera tenu d'acquitter les dettes sociales et l'on devra reconnaître aux créanciers sociaux un droit de préférence à l'encontre de ses créanciers personnels sur les biens de l'ancienne société passés dans son patrimoine³. Et même en admettant que cette cession entraîne la fin de la liquidation, celle-ci sera la conséquence de celle-là ; au moment où ils ont été cédés, les droits dont s'agit n'avaient donc pu encore changer de nature. Décider le contraire c'est d'ailleurs créer une différence de traitement injustifiée, en fait aussi bien qu'en droit, entre la dernière cession de droits dans une société en liquidation et les précédentes⁴.

1. Cass. Civ. 13 janvier 1892, S. 1892, I, 100.

2. Cass. Civ. 7 février 1881, S. 1881, I, 276, *J. Pal.* 1881, I, 652 ; 23 février 1898, S. 1898, I, 293 ; 14 juin 1898, S. 1898, I, 468 (2 arrêts) ; 3 janvier 1900, S. 1900, I, 291 ; Req. 24 mai 1892, S. 1892, I, 469 ; 21 avril 1898, S. 1899, I, 52.

3. WAHL, *Précis*, n° 1161 ; Cass. Req. 9 août 1859, *J. Pal.* 1859, 1102.

4. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Tr. des Dr. d'Enreg.*, III, n° 3688 ; BOURGUET, thèse ci-après indiquée, p. 76 ; Trib. Civ. Caen 13 août 1894, sous Cass. Civ. 23 février 1898, S. 1898, I, 293.

Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence de la Cour de Cassation en matière fiscale n'en procède pas moins d'une conception de la part dans une société en liquidation contraire à celle qu'elle semble avoir adoptée en matière de communauté conjugale. Et cependant la cession d'une telle part, comme son entrée en communauté, ne met en présence que l'associé avec son ayant-cause personnel et non avec les tiers ayants-cause de la société. Au reste, pas plus que l'entrée en communauté d'une part dans une société dissoute, sa cession à une personne quelconque n'apparaît comme une opération nécessitée par la liquidation, mais comme faite seulement dans l'intérêt particulier des parties ; « il n'y a, a-t-on dit, aucune utilité à encourager la cession des parts ou actions après la dissolution¹ ». Aussi la logique proteste-t-elle contre cette différence d'appréciation de la nature de la part dans une société en liquidation, lorsqu'il s'agit de savoir si cette part entrera ou non dans l'actif de la communauté légale, ou lorsqu'il s'agit de déterminer le droit d'enregistrement applicable à sa cession. Toutefois, on pourrait peut-être essayer de justifier cette différence de la manière suivante : l'associé cède au tiers un droit de nature hybride, droit indivis vis-à-vis des autres associés, droit de créance mobilier vis-à-vis des ayants-cause de la société ; il est assez légitime, en présence de cette ambiguïté, qu'on fasse bénéficier cette cession de la taxe afférente à cette dernière nature de droits. La communauté, il est vrai, pourrait se prévaloir du même raisonnement. Mais on pourrait lui objecter qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage remontant à la dissolution de la société, par hypothèse antérieure à la formation de la communauté, l'époux associé devait être réputé déjà propriétaire, lorsque la communauté a pris naissance, des immeubles mis dans son lot, et que par conséquent lesdits immeubles devaient rester propres à l'époux, la communauté n'étant admise à revendiquer que les meubles mis au lot de cet époux. L'effet rétroactif du partage ne serait pas applicable, par contre, en matière fiscale, parce que le droit d'enregistrement est immédiatement exigible et ne peut être basé sur les résultats ultérieurs du partage. Dans cette lutte de fictions : fiction de l'effet déclaratif du partage, fiction de survie de la per-

1. THALLER, n° 447 ; THALLER et PIC, I, n° 619.

sonnalité de la société après sa dissolution, il est malaisé, on en conviendra, de dire celle qui doit le céder à l'autre. On voit, en tout cas, les complications que ces fictions créent, les subtilités auxquelles elles conduisent, le manque d'harmonie que leur concours apporte en la matière. Tout cela répugne un peu à la raison, qui voudrait une situation plus nette.

107. On évitera ces reproches si, rejetant toute idée de fiction, on parvient à établir que la société continue réellement à exister après sa dissolution jusqu'à la fin de sa liquidation. Cette thèse, dont on peut voir le germe dans une déclaration de Réal au Conseil d'Etat¹, paraît avoir tendance à se répandre en doctrine. La dissolution n'est pas la mort de la société ; elle provoque seulement le ralentissement de son activité. Désormais, la société ne se livrera plus à aucune opération nouvelle ; une autre tâche s'impose à elle ; elle n'est pas morte, mais elle se prépare à mourir ; il lui faut auparavant mettre ses affaires en ordre, achever ses opérations commencées, recouvrer ses créances, payer ses dettes, en un mot liquider son passé, et rendre l'actif net facilement partageable entre les ayants-droit ; son rôle ne sera terminé que lorsque tout sera réglé ; c'est alors seulement qu'elle disparaîtra de la scène juridique. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'une société a pour but la réalisation de bénéfices, elle doit donc exister jusqu'à ce que ce but soit atteint, c'est-à-dire jusqu'à ce que les bénéfices soient rendus apparents et palpables, toutes les dettes ayant été payées, ou jusqu'à ce que, au contraire, une perte soit établie. Qu'on n'objecte pas que la mission des administrateurs prend fin à la dissolution. D'abord, ils peuvent être chargés de la liquidation. Et même si c'est une autre personne qui est nommée liquidateur, cela prouve seulement que cette fonction exige des qualités différentes de celles requises d'un administrateur mais ne produit pas une solution de continuité de la société. Spécialement, en ce qui concerne les sociétés par actions, si certains de leurs organes peuvent disparaître à leur dissolution (conseil de surveillance, commissaires aux comptes, etc...), leur organe

1. LOCRÉ, XVII, p. 274 : « Dans cet état de choses (état de liquidation), dit-il, la société ne dure plus quant à son objet, elle continue de subsister quant à ses résultats ».

principal, l'assemblée générale, subsiste, et ceci montre bien qu'elles ne sont pas mortes¹.

Cette conception nous semble la plus conforme à la nature des choses. Il nous paraît peu logique d'admettre le maintien de la personnalité morale de la société en liquidation à certains égards et pas à d'autres. Le régime de la société dissoute, tant que dure sa liquidation, doit être unique, le même vis-à-vis de tout le monde. N'est-il pas contradictoire de dire que les biens sociaux après la dissolution deviennent la copropriété des associés et qu'en même temps ils continuent à appartenir à l'être moral ? Si celui-ci existe, il s'impose à tous. Il n'est pas question, d'ailleurs, de lui laisser toute la capacité qu'il avait pendant la durée de la société, de lui permettre de se livrer à des opérations nouvelles. Mais tous les droits et obligations qu'il possédait lors de la dissolution demeurent fixés sur sa tête, et il est capable encore de faire certains actes, ceux qui sont nécessaires à sa liquidation. Nous repoussons donc cette idée que dans leurs rapports entre eux les associés deviennent, à la dissolution, copropriétaires des biens sociaux. On ne dit pas que vis-à-vis les uns des autres les associés, pendant la durée de la société, doivent être réputés copropriétaires du patrimoine social. Des auteurs anciens² ont, certes, voulu faire remonter l'effet déclaratif du partage au jour de la mise en société des biens partagés, même si la société constituait une personne morale, sous prétexte que la personnalité de la société ne serait qu'une fiction cachant, pour certains besoins pratiques, l'état d'indivision qui existerait, dans la vérité des choses, entre les associés. Mais cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée³. On ne fait plus rétroagir le partage qu'à la dissolution de la société. Mais ceci est encore une inconséquence : il n'y a pas plus de raison d'effacer la propriété de l'être moral après qu'avant la dissolution, du moment que l'on reconnaît toujours son existence. Qu'est-ce au reste qu'un copropriétaire dont le droit n'est opposable qu'à un nombre

1. BOURGUET, *Du caractère juridique de la liquidation d'une société commerciale*, thèse, Paris, 1900, p. 91 et s. ; ROY, *Liquidation des sociétés de commerce*, thèse, Paris, 1906, p. 67 ; COPPER-ROYER, II, nos 647 et 648.

2. TOULLIER, XII, n° 97 ; TROPLONG, *Cont. de Soc.*, II, nos 1063 et 1066.

3. DEMOLOMBE, IX, n° 421 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 14.

- limitée de personnes ? Cette conception est contraire à l'essence même du droit de propriété. Si l'être moral demeure propriétaire après la dissolution, même à l'égard des associés, le droit de ceux-ci conserve alors, comme pendant la durée de la société, son caractère de droit de créance mobilier à l'encontre dudit être moral.

108. On objectera que l'article 529 C. Civ. est contraire à cette solution. Les actions ou intérêts ne sont mobiliers, d'après lui, que tant que dure la société, cela veut dire jusqu'à la dissolution de la société. Les travaux préparatoires l'ont bien spécifié. La société dissoute, il n'existe plus, suivant eux, qu'une masse de biens indivise entre les associés. — Nous répondrons que cette assertion émise au cours de la discussion du titre du Code Civil relatif à la distinction des biens, en dehors de tout examen des graves questions que pose la situation d'une société en liquidation, ne saurait avoir grande autorité. Le fondement de la nature mobilière de la part sociale, à savoir la personnalité morale de la société, ayant été posé dans ces mêmes travaux préparatoires, il faut maintenir cette nature mobilière tant que dure la personnalité. Et cette personnalité devant être, comme tout le monde l'admet, prolongée pendant la liquidation, l'article 529 doit continuer pendant ce temps à recevoir son application.

109. Une autre objection pourra être formulée. La thèse que nous soutenons ferait trop bon marché des dispositions des articles 1872 et 1873 C. Civ. et 18 C. Com. D'après le premier de ces articles, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les co-héritiers, s'appliquent aux partages entre associés, et, d'après les deux derniers, les dispositions du titre du Code Civil relatif au Contrat de Société s'appliquent aux sociétés de commerce dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce. Passe encore que, pour les nécessités de la liquidation, vis-à-vis des créanciers sociaux, l'on regarde fictivement l'être moral comme se survivant à lui-même, mais, au moins, que, dans les rapports des associés entre eux, la société dissoute soit traitée, ainsi que nous y invitent les articles précités, comme une hérédité, c'est-à-dire comme une indivision à laquelle on appliquera les règles du partage des successions.

Cette objection ne nous paraît pas décisive. L'article 1873

C. Civ. n'étend les dispositions du Code Civil relatives au Contrat de Société, et notamment l'article 1872, que « dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce ». Que l'article 1872 renvoie aux règles du partage des successions en ce qui concerne le partage des sociétés civiles, cela n'est pas pour nous surprendre, puisque, nous croyons l'avoir démontré, la société est considérée par le Code Civil comme une indivision, aussi bien pendant sa durée qu'après sa dissolution. Quant aux liquidations et partages des sociétés de commerce, qui, au contraire, dans l'esprit du Code de Commerce, constituent des personnes morales, ils ne sont prévus ni par ledit Code ni par aucun autre texte législatif. Et cependant ils se présentent sous un aspect bien différent de celui des liquidations et partages de successions. La liquidation, en matière de successions, est une simple opération arithmétique consistant à établir le montant des droits de chacun des héritiers. Rien ne s'oppose à ce que ceux-ci procèdent immédiatement au partage des biens corporels par eux recueillis dans la succession. C'est, en effet, le plus souvent, une part en nature desdits biens qu'ils désireront avoir et que la loi leur permet d'obtenir dans la mesure du possible (art. 826 C. Civ.). Quant aux créances et aux dettes successorales, elles se divisent de plein droit entre les héritiers (art. 1220 C. Civ.), la loi accordant toutefois aux créanciers de la succession le bénéfice de la séparation des patrimoines pour les préserver sur les biens héréditaires du concours des créanciers personnels des héritiers. — S'agit-il, au contraire, d'une société dissoute, la liquidation prend une tout autre importance. La société est engagée dans de nombreuses affaires : il faudra les mener à bonne fin, en opérer le règlement, recouvrer les créances et payer les dettes qui en résultent. Le plus souvent il sera nécessaire à cet effet de réaliser l'actif social, et c'est seulement l'excédent, après extinction du passif, qui devra être réparti entre les associés. D'ailleurs ceux-ci n'ont pas généralement d'intérêt à se partager en nature les divers biens (établissement, matériel, marchandises), qui dépendaient de la société. La liquidation aura donc fréquemment pour objet de convertir également en argent la masse partageable entre les associés¹.

Aussi, dans la carence des textes, la pratique et les usages

1. THALLER, n° 445 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 344.

ont-ils dû établir, sous le contrôle de la jurisprudence, un système de liquidation des sociétés de commerce conforme à la nature des choses, correspondant aux besoins. C'est ainsi qu'a été érigé le principe de la survie de la personnalité morale de la société de commerce pendant sa liquidation. Mais, ce principe posé, il faut, comme nous l'avons dit, en déduire toutes les conséquences et ne pas, par un scrupule d'interprétation que le laconisme des textes, à la vérité, ne comporte pas, essayer de concilier deux régimes incompatibles entre eux. Nous verrons d'ailleurs dans quelle mesure on peut appliquer aux sociétés de commerce les règles du partage des successions.

110. La continuation de la personnalité morale de la société dissoute étant ainsi établie, vis-à-vis de tout le monde, il nous reste à déterminer le moment où elle prendra fin et où, consécutivement, le droit des associés, de droit de créance mobilier contre la société, se transformera en un droit de propriété ou de co-propriété sur les biens provenant de l'ex-société.

Plusieurs hypothèses sont à envisager.

111. Prenons d'abord l'hypothèse normale, celle où avant de procéder à une répartition de l'actif entre les associés le liquidateur pourvoit à l'extinction du passif. Les créanciers sociaux une fois payés, il reste l'actif net à partager entre les associés. L'être moral demeurera-t-il jusqu'au partage propriétaire de cet actif net, ou bien les associés en deviendront-ils co-propriétaires ? On dit en général que l'être moral subsiste même après que le compte de gestion a été rendu, jusqu'à ce que l'excédent d'actif ait été réparti entre les associés¹. Pour nous, nous ferions une distinction entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions.

S'agit-il d'une société de personnes — société en nom collectif ou en commandite simple, voire même société à responsabilité limitée — comment dans ces sociétés, étant donné leur nature, se conçoit la liquidation ? Elle a principalement pour objet de convertir en espèces les valeurs sociales dans la mesure nécessaire au paiement des créanciers de la société, mais on peut penser que les associés désirent se partager en

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 403 ; PONT, II, n° 1991 ; WAHL, *Précis*, n° 1183.

nature les valeurs restantes, tout au moins si elles sont commodément partageables. Aussi, en l'absence d'un mandat spécial donné par les associés au liquidateur de réaliser tout l'actif social afin d'attribuer aux associés en représentation de leurs droits une somme d'argent, nous ne donnerions pouvoir au liquidateur de vendre les biens sociaux que pour éteindre le passif social. Les associés pourraient indiquer au liquidateur les biens à vendre de préférence aux autres. Jusqu'à ce que ce but soit rempli — extinction du passif — tout l'actif social demeurera la propriété de l'être moral subsistant, mais, une fois tous les créanciers sociaux désintéressés, il n'y a plus d'inconvénient à dire que cet être moral est mort, que les biens restants deviennnent la co-propriété indivise des associés¹. Ceux-ci procéderont alors au partage, auquel on appliquera les règles du partage des successions. Chacun pourra demander sa part en nature des diverses valeurs sociales (art. 826 C. Civ.), à moins qu'elles ne soient pas commodément partageables (art. 827 C. Civ.). En ce cas, il y aura lieu de les liciter. S'il existe des mineurs, des interdits ou des absents parmi les intéressés, le partage devra être fait judiciairement (art. 836 C. Civ.). Enfin, le partage accompli produira un effet rétroactif au jour où a commencé l'indivision, c'est-à-dire au jour où tout le passif social a été éteint et le compte apuré, et non à la dissolution de la société (art. 883 C. Civ.).

S'il s'agit d'une société par actions, nous pensons que la mission du liquidateur doit être plus large. Il devra réaliser tout l'actif social. On ne peut songer au partage en nature, quand il existe des milliers d'actionnaires. D'ailleurs, ceux-ci, même les apporteurs en nature, en acceptant en échange de leur apport une action d'un certain montant nominal avec des coupons de dividendes y attachés, ont montré leur volonté

1. Nous supposons que tous les créanciers sociaux ont bien été désintéressés. S'il s'en présentait d'autres avant le partage, il va sans dire que nous maintiendrions leur droit de préférence sur les biens sociaux et que nous leur permettrions d'actionner la société à son siège conformément à l'article 69-6° C. Pr. Civ. En réalité, la liquidation n'aurait pas été terminée et l'être moral ainsi que la nature mobilière des parts des associés, abolis à tort, devraient être rétablis et être considérés comme n'ayant jamais cessé d'exister jusqu'à ce que la situation de ces nouveaux créanciers ait été réglée.

de devenir créanciers de sommes d'argent envers la société tant pour le remboursement de leur mise que pour leur part de bénéfices. La comptabilité des sociétés par actions met bien en évidence cette situation des actionnaires. Le montant de leurs actions est inscrit au passif, de même que toutes les autres dettes sociales. Ainsi donc, tout l'actif social doit être réalisé pour servir à payer : 1^o les créances des tiers contre la société, ou passif externe ; 2^o les créances des actionnaires contre la société (remboursement du montant nominal de leurs actions, paiement de la fraction leur revenant de l'excédent d'actif net), ou passif interne. Lorsque tous ces paiements auront été effectués, lorsque l'actif social, transformé en argent aura été réparti entre ces différentes catégories d'ayants-droit, l'être moral disparaîtra, mais alors seulement. Le fait qui marquera le plus souvent la fin de cet être moral sera l'assemblée générale, qui, après avoir reçu les comptes du liquidateur, y compris ceux concernant personnellement les actionnaires, lui donnera quitus de sa gestion, toutes les distributions ayant été effectuées. Il est à remarquer qu'il n'y aura pas eu de partage proprement dit, mais une distribution de deniers¹. Ainsi l'action sera restée jusqu'au bout droit de créance, elle n'aura pas fait place à un droit indivis. Les règles du partage des successions n'auront donc pas à être appliquées, elles sont évidemment incongrues ; devront être notamment écartées : la règle du partage en nature (art. 826), celle de l'effet déclaratif du partage (art. 883), celle du partage judiciaire en présence de mineurs, interdits ou absents (art. 838). Les intérêts de ces derniers ne risquent pas d'être sacrifiés, puisqu'il suffit d'un simple compte arithmétique pour déterminer le montant des droits de chacun, qui tous n'ont pour objet que du numéraire².

Nous considérerions de la même façon le partage des sociétés par intérêts, dans le cas où les associés auraient donné au liquidateur mandat exprès ou tacite de réaliser toutes les valeurs sociales et de répartir entre eux l'actif net liquide. L'être moral durerait, en ce cas, jusqu'à l'accomplissement des distributions aux associés, lesquelles s'analyseraient en un paiement à ceux-ci de leurs créances contre ledit être moral.

1. LACOUR et BOUTERON, I, n^o 365.

2. LACOUR et BOUTERON, I, n^o 365.

112. Envisageons à présent une deuxième hypothèse. Tout l'actif social est cédé à un seul associé à charge de payer les dettes de la société. Du jour où ce contrat est passé entre les associés, les cédants n'ont plus qu'un droit sur le prix convenu, c'est-à-dire un droit de créance mobilier. Mais quelle sera la situation du cessionnaire ? Il devra procéder à la liquidation pour payer les dettes sociales et il faudra admettre que l'être moral subsiste encore, de façon à maintenir le droit de préférence des créanciers de la société sur les biens sociaux passés entre les mains de l'associé cessionnaire. Ce pacte *inter socios* ne pourra évidemment leur nuire¹. S'ensuit-il que, tant que cette liquidation n'aura pas été terminée, le droit de l'associé cessionnaire sur le patrimoine social conservera sa nature mobilière ? Nous ne saurions aller jusque là. De cette masse de biens qu'il a reçue, il ne conservera pas tout ; une partie ira aux créanciers sociaux ; quant au surplus, il devra être considéré comme en ayant été propriétaire du jour du contrat de cession. Ce contrat est en effet son titre d'acquisition. Il a acquis dès lors sur les biens sociaux à lui transmis un droit de propriété conditionnel qui, une fois la condition accomplie, c'est-à-dire la liquidation, achevée, doit rétroagir au jour du contrat d'où il émane.

113. Envisageons enfin une troisième hypothèse. Les associés se sont partagés entre eux les biens sociaux avant d'avoir payé les dettes sociales. On ne peut le leur interdire, en l'absence de tout texte les contraignant à procéder à une liquidation². Cependant les intérêts des créanciers sociaux doivent être sauvegardés. Il est inadmissible que les associés puissent, en escamotant une liquidation régulière, compromettre irrémédiablement le gage de ces créanciers. Ceux-ci pourront faire révoquer le partage, s'il a été effectué en fraude de leurs droits, conformément à l'article 1167 C. Civ., bien qu'ils n'aient pas fait opposition préalable à ce partage. La disposition finale de l'article 882 ne doit pas leur être appliquée : ainsi le décident la jurisprudence³ et la majorité des

1. WAHL, *Précis*, n° 1161 ; Cass. Req. 9 août 1859, *J. Pal.* 1859, 1102.

2. LACOUR et BOUTERON, I, n° 345.

3. Cass. Civ. 9 juillet 1866, S. 1866, I, 361, D. P. 1866, I, 369 ; 17 novembre 1890, S. 1894, I, 399 ; Req. 28 mai 1895, S. 1895, I, 385.

auteurs¹ pour les créanciers personnels des associés ; cette solution doit être étendue *a fortiori* aux créanciers sociaux. Et, même en l'absence de toute fraude, il serait au moins équitable de leur accorder une action en rescision rendant le partage comme non avenue à leur égard, et leur permettant d'exercer leur droit de gage sur les biens sociaux se retrouvant en nature dans le patrimoine des associés, à l'exclusion des créanciers personnels de ces derniers². Quelque voie de droit que l'on accorde aux créanciers sociaux pour les protéger contre un partage prématuré qui leur porterait préjudice, elle présente un caractère purement individuel ; les créanciers ne pourraient demander qu'une liquidation générale soit ordonnée³ " 4. Le partage subsiste entre les associés et à l'égard des créanciers qui n'ont pas été parties au procès⁵. Il a tué l'être moral et les moyens que le droit offre aux tiers pour les garantir contre les conséquences néfastes de cette mort survenue trop tôt ne permettent de faire revivre cet être moral que d'une façon relative. En cette hypothèse toute particulière, l'idée de fiction à effet limité pourra être invoquée pour expliquer cette sorte de résurrection partielle de l'être moral. Les associés doivent donc être considérés comme propriétaires, du jour du partage, des biens à eux attribués, propriétaires, il est vrai, sous condition résolutoire de l'effet des poursuites susceptibles d'être exercées ultérieurement par les créanciers sociaux. Ceux-ci pourront les exproprier d'une partie desdits biens, mais les biens qui leur resteront, c'est par le partage et à compter de sa date qu'ils les auront acquis.

1. PONT, n° 785 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 350 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 418 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 483 ; ARTHUYS, II, n° 776 ; COLIN et CAPITANT, II, p. 628 ; *Contra* : BOISTEL, n° 386 ; DEMANGEAT SUR BRAVARD, I, n° 416 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 364.

2. Cf. THALLER, n° 449.

3. LACOUR et BOUTERON, I, n° 345.

4. Sauf leur droit de faire prononcer la faillite de la société dissoute, si les conditions requises à cet effet sont réunies (LACOUR et BOUTERON, I, n° 345). Mais, en ce cas, les associés étant appelés à ne rien recevoir, la question de la nature de leurs droits n'offre pas d'intérêt.

5. AUBRY et RAU, IV, § 313-3°, texte et notes 38 et 41 ; PLANIOL, II, n° 331 ; COLIN et CAPITANT, II, p. 60.

114. Appliquons ces diverses solutions à la communauté légale.

Si une personne faisant partie d'une société par intérêts, — société en nom collectif, en commandite simple, ou même à responsabilité limitée — se marie alors que la société est dissoute, mais non encore liquidée, c'est-à-dire avant que le passif social soit entièrement éteint, ses droits dans la dite société, toujours mobiliers conformément à l'art. 529 C. Civ., entreront dans la communauté légale formée entre elle et son conjoint.

Si elle se marie après l'extinction du passif, mais avant le partage, à supposer que la masse partageable se compose de biens en nature, le droit indivis qu'elle possédera sur lesdits biens entrera en communauté ou lui restera propre, suivant la nature mobilière ou immobilière de ces biens, réserve faite de la question de savoir si la règle de l'effet déclaratif du partage devra être appliquée en l'espèce.

L'action conservant sa nature mobilière jusqu'à la distribution à son titulaire des sommes auxquelles elle lui donne droit, si celui-ci se marie avant cette distribution, son action entrera dans la communauté légale.

De même entrera en communauté la part d'un membre d'une société par intérêts, se mariant après le paiement des créanciers sociaux et avant le partage, si tout l'actif social, conformément à la volonté des parties, a été réalisé.

En cas de cession de tout le patrimoine social — actif et passif — à un seul des associés, les associés futurs cédants ou futur cessionnaire, qui se marieront dans l'intervalle compris entre la dissolution de la société et la cession, posséderont encore une part mobilière qui entrera en communauté.

Les associés cédants, qui se marieront après la cession, n'auront plus qu'un droit sur leur part du prix de cession à l'encontre du cessionnaire, droit de créance mobilier qui entrera en communauté.

Quant à l'associé cessionnaire, qui se mariera après la cession, tout comme le cessionnaire qui n'aurait pas fait partie de la société pendant sa durée, il devra être considéré comme propriétaire, du jour de la cession, des biens sociaux qui lui resteront après paiement des créanciers de la société. Ces biens entreront en communauté ou lui resteront propres, suivant leur nature mobilière ou immobilière.

Enfin, en cas de partage avant paiement du passif social,

l'associé qui se mariera dans l'intervalle entre la dissolution de la société et le partage aura toujours une part mobilière qui entrera dans la communauté légale. S'il se marie après le partage, les biens à lui attribués entreront ou non en communauté suivant leur nature mobilière ou immobilière. Mais s'il est obligé de se laisser exproprier de certains de ces biens par les créanciers sociaux, il est évident que lesdits biens seront perdus pour la communauté comme pour lui, suivant qu'ils seront meubles ou immeubles. Quant à ceux qui lui resteront, les meubles demeureront en communauté et les immeubles lui demeureront propres. Si notamment un immeuble provenant de la société avait été vendu sur les poursuites d'un créancier social, l'excédent du prix de vente, qui resterait après paiement de ce créancier, ne tomberait en communauté qu'à charge de récompense au profit de l'époux associé.

115. Toutes ces solutions s'appliqueront également au cas où l'un des époux recueillera par succession une part dans une société dissoute lors ou par l'effet du décès du *de cujus*, mais non encore liquidée.

116. Il y a lieu de rapprocher du cas où un époux recueille pendant la communauté la succession d'un associé dont le décès met fin à la société, celui où la société se continuant après le décès d'un associé entre les survivants seulement en vertu d'une clause des statuts (art. 1868 C. Civ.), l'époux héritier d'un associé décédé ne peut réclamer aux autres associés que le remboursement des droits de son auteur au décès. Généralement il recevra une somme d'argent en représentation de ces droits. Cette somme d'argent entrera dans la communauté légale d'entre lui et son conjoint, encore que l'actif social comprenne des immeubles. Mais si un immeuble social lui est attribué, cet immeuble ne lui restera-t-il pas propre comme recueilli par succession ? Nous ne le croyons pas. Ce n'est pas cet immeuble qui était dans la succession, mais le droit de créance de l'associé décédé contre la société, droit mobilier (art. 529 C. Civ.), qui est entré immédiatement dans la communauté légale. Ledit immeuble a été donné à l'époux héritier en paiement de ce droit de créance¹, et à

1. Cf. Cass. Req., 28 décembre 1886, S., 1887, 1, 435, J. Pal., 1887, 1, 1068, considérant comme une dation en paiement, passible du droit proportionnel d'après la nature des biens cédés, l'attribution de biens sociaux à un associé se retirant en remboursement de ses droits.

pris la place de ce dernier dans la communauté. Comment d'ailleurs pourrait-on attacher à cette attribution d'immeuble un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession, alors que cet immeuble étant passé directement de l'actif social dans le patrimoine de l'attributaire n'a pas été dans l'indivision entre le décès et l'attribution ?

CHAPITRE II

Détermination, à l'égard de la communauté, du caractère mobilier ou immobilier des parts dans les sociétés dénuées de personnalité.

117. Lorsqu'un époux possède lors de la célébration du mariage ou acquiert pendant la communauté par succession, donation ou legs une part sociale portant sur une masse indivise, comment seront déterminés les droits respectifs de la communauté et de l'époux sur cette part ? Sera-ce d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles composant la masse ? Ne faudra-t-il pas plutôt, en vertu de la règle contenue dans l'article 883 C. Civ., attendre le résultat du partage et déclarer communs les meubles et propres les immeubles attribués à l'époux ? Cette question se pose, comme il résulte du chapitre précédent, pour les parts dans les associations, en participation comprenant des biens indivis, pour les parts dans les sociétés civiles ordinaires, dans l'opinion qui, contrairement à la jurisprudence, refuse la personnalité morale à ces sociétés, et pour les parts dans les sociétés douées de personnalité, dissoutes mais non encore liquidées lors de l'ouverture de la succession ou de la donation, dans l'opinion, qui domine en doctrine et qui paraît devoir être celle de la Cour de Cassation, d'après laquelle la personnalité de la société ne subsiste pas pendant la durée de la liquidation à l'égard de la communauté d'entre l'un quelconque des associés et son conjoint, ou pour les parts dans les sociétés de personnes, dissoutes et liquidées mais comprenant encore des biens en nature non partagés lors du mariage, de l'ouverture de la succession ou de la donation, dans l'opinion par nous émise restreignant dans ces limites l'indivision, à l'égard de la communauté, de l'actif dépendant d'une société douée de personnalité après dissolution.

Aux termes de l'article 883 C. Civ., en effet, « chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement

à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Il s'agit de savoir si cette disposition est applicable : 1^o aux partages de sociétés ; 2^o à la composition active de la communauté. Dans l'affirmative, l'époux associé étant réputé avoir été seul propriétaire lors du mariage ou dès le jour de l'ouverture de la succession ou de la donation, des biens meubles ou immeubles à lui attribués ou échus par le partage de la société ou par licitation, et n'avoir jamais eu aucun droit sur les autres biens sociaux, ce sont évidemment ces meubles et ces immeubles qui deviendront les uns communs, les autres propres.

118. Tout le monde admet que le principe de l'effet déclaratif régit les partages de sociétés, comme les partages de successions, car, en vertu de l'article 1872 C. Civ., « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les co-héritiers, s'appliquent aux partages entre associés », et la règle de l'article 883 influe d'une manière très importante sur la détermination des obligations des co-partageants entre eux¹. D'ailleurs, Pothier déclare expressément que ces actes de partage (de sociétés) ont, selon notre droit français, un effet rétroactif². Seule est sujette à controverse la fixation du moment auquel remonte l'effet déclaratif. Elle est subordonnée à la fixation de la date à laquelle commence l'indivision, partant à la question de savoir si la société a ou non la personnalité morale, à quelle époque finit cette personnalité morale. Nous avons déjà examiné ces questions. Dans les hypothèses que nous avons en vue présentement, l'indivision existe ou prend naissance, lorsque la part sociale entre en contact avec la communauté. En vertu de la règle de l'article 883 l'époux associé est donc réputé propriétaire à cette époque des biens sociaux à lui échus en partage.

119. Mais le principe de l'effet déclaratif du partage — des

1. AUBRY et RAU, VI, § 385, texte et note 2 bis ; GUILLOUARD^{*} *Cont. de Soc.*, n° 356 ; LYON-CAEN et RENAUT, II, n° 425 ; ARTHUYS^{*} n° 775 ; THALLER et PIC, n° 680 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 244 ; Cass^{*} 8 février 1882, S. 1882, I, 224, D. P. 1882, I, 377 ; 9 mars 1886, S. 1888^{*} I, 241, note de M. LABBÉ ; 23 juillet 1912, D. P. 1914, I, 30.

2. POTHIER, *Tr. du Cont. de Soc.*, n° 179.

sociétés ou des successions — est-il applicable à la communauté ? Ce point est vivement discuté.

Dans notre ancien droit, Bourjon se prononçait pour l'affirmative d'une manière absolue. Il faisait tomber dans la communauté tous les meubles héréditaires mis au lot de l'époux, et même sa part dans le prix de licitation d'immeubles et la soulte stipulée à son profit en représentation de sa part dans les immeubles attribués à ses co-héritiers¹.

D'après Le Brun, au contraire, il fallait apprécier les droits de la communauté d'après la valeur comparative des meubles et des immeubles compris dans la masse héréditaire. Certes, les meubles échus en partage à l'époux héritier devenaient communs, et les immeubles propres. En cela l'effet déclaratif du partage était respecté, mais il n'empêchait pas qu'une récompense fût due par la communauté ou par l'époux, si les meubles ou les immeubles mis au lot de l'époux étaient d'une valeur supérieure à celle de sa part dans l'ensemble des meubles ou des immeubles héréditaires. « Il ne s'agit plus de dire que les partages ont un effet rétroactif... ; ces raisons sont hors d'œuvre en fait de récompenses de communauté, qui ne touchent point aux partages de successions et les laissent comme ils sont, mais qui indemnisent le conjoint de ce qu'il devait avoir et sont un remède nécessaire pour conserver l'égalité entre conjoints² ». *A fortiori*, la récompense était due par la communauté à l'époux pour le prix de licitation d'immeubles ou la soulte de partage immobilier³.

Pothier adoptait une opinion mixte. Selon lui, en vertu de l'effet déclaratif du partage, tous les meubles héréditaires attribués à l'époux tombaient dans la communauté sans récompense, encore qu'ils fussent d'une valeur supérieure à celle de sa part dans l'ensemble des meubles héréditaires. Par contre, la communauté devait récompense du prix de licitation d'un immeuble héréditaire ou de la soulte d'un partage immobilier, car ces créances n'étaient pas des effets de la succession, mais tenaient lieu, en raison de leur cause, d'un droit immobilier à l'époux bénéficiaire⁴.

1. BOURJON, *Le Droit Commun de la France*, 2^e partie, De la Communauté, chap. IV, sect. 4, dist. 3, n^{os} 66-69.

2. LE BRUN, *Tr. de la Communauté entre mari et femme*, liv. I, ch. V, sect. II, dist. I, n^{os} 78 à 81.

3. LE BRUN, *op. et loc. cit.*, n^{os} 40-43.

4. POTHIER, *Tr. de la Communauté*, n^o 100.

120. Notre jurisprudence moderne¹ et un grand nombre d'auteurs² ont suivi le système de Pothier. Mais ce système est critiqué par une fraction importante de la doctrine, qui se rallie au système de Le Brun³. Les adversaires de l'application de l'article 883 à la communauté allèguent deux ordres d'arguments, les uns relatifs à l'interprétation dudit article, les autres tirés de principes du droit matrimonial.

Seule, disent-ils, la conception romaine qui voit dans le partage un acte translatif est logique. Pendant l'indivision chaque co-propriétaire possède, en effet, une part de tous les biens indivis. Par le partage il acquiert la pleine propriété

1. Rennes, 31 juillet 1811, S. 1813, 2, 109; *J. Pal. chr.*, DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n^o 619, note 1; Nancy, 3 mars 1837, S. 1839, 2, 202, *J. Pal.* 1839, I, 525; Caen, 9 mars 1839, S. 1839, 2, 351; Douai, 9 mai 1849, S. 1850, 2, 180, *J. Pal.* 1851, 2, 571, D. P. 1852, 2, 114; Cass. Req., 11 décembre 1850, S. 1851, I, 253, *J. Pal.* 1851, 2, 573, D. P. 1851, I, 287; Colmar, 27 février 1866, S. 1866, 2, 227, D. P. 1866, 5, 71; Caen, 18 août 1880, S. 1881, 2, 113, DALL., *Jur. Gén.*, Sup. V^o *Cont. de Mar.*, n^o 190; Bruxelles, 10 janvier 1893, *Pasicr.* 1893, 2, 273; Cass. Req., 11 avril 1902, D. P. 1903, I, 465.

2. TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n^{os} 370, 371 et 444; DURANTON, XIV, n^o 117; RODIÈRE et PONT, I, n^o 431; MARCADÉ, sur l'article 1401, n^o 4; DEMOLOMBE, XVII, n^o 317; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n^{os} 373 et 374; HUC, IX, n^o 83; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 266; PLANIOL, III, n^{os} 936 et 2.410; AMIAUD, *Tr. Form. du Notariat*, III, V^o Partage n^o 861; FLURER, *Rev. Crit.* 1889, t. LVI, p. 305; GUÉNÉE, note D. P. 1903, I, 465; MASSELIN, *Des Restrictions à apporter à l'effet déclaratif du partage*, thèse, Paris, 1899, p. 57 et s. (ce dernier auteur va même jusqu'à refuser à l'époux tout droit à récompense pour la soulte de partage immobilier et le prix de licitation d'immeuble); QUÉREL, *Du caractère fictif de l'article 883 du Code Civil et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*, thèse, Lyon, 1923, pp. 104-105 et 110-113.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 13 et 54, et X, § 625-b, notes 27 et 29; LAURENT, XXI, n^o 233; COLMET DE SANTERRE, contin. de DEMANTE, VI, sur l'art. 1408, n^o 36 *bis* — III; VILLEY, note, S. 1881, II, 113; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n^o 3357; COLIN et CAPITANT, III, pp. 75 et 511-513; Marc DESSERTAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en Droit Civil Français*, thèse, Dijon, 1908, n^o 144; SIMON, *L'effet déclaratif du partage est-il absolu ou relatif?* thèse, Paris, 1910, n^{os} 108 à 114; BEAUDONNAT, *Du caractère relatif de la règle de l'article 883 du Code Civil*, thèse, Paris, 1910, p. 104. Trib. Empire d'Allemagne, 30 mars 1886, S. 1888, IV, 3.

de certains biens en perdant tout droit sur les autres. Ce résultat ne peut être obtenu que par le transfert au profit de chaque co-partageant de la part des autres dans les biens mis dans son lot contre l'abandon fait par lui de sa part dans les biens attribués aux autres. Ce n'est que par une fiction que l'on peut considérer chaque co-partageant plein propriétaire des objets mis dans son lot depuis l'ouverture de la succession, comme si ces objets n'avaient pas été soumis dans l'intervalle au régime de l'indivision. Le législateur reconnaît bien, d'ailleurs, le caractère fictif de la règle qu'il pose dans l'article 883 : « Chaque co-héritier est *censé...* », dit-il. Une autre preuve que, dans sa pensée, le partage reste au fond un acte translatif, c'est que dans l'article suivant (art. 884), il édicte une obligation de garantie à la charge et au profit réciproques des co-partageants : la garantie n'est concevable que pour un acte translatif. Cette fiction de l'effet déclaratif du partage a été créée pour répondre à certains besoins pratiques ; elle a pour but d'assurer l'égalité entre les co-partageants, en les protégeant contre les actes de disposition ou de constitution de droits réels dont les biens à eux attribués individuellement auraient pu être l'objet du chef de leurs co-partageants, et en évitant ainsi tout recours entre eux. Mais lorsqu'il ne s'agit pas d'atteindre ce but, l'effet déclaratif n'a plus sa raison d'être ; il doit laisser s'accomplir les conséquences normales découlant de la véritable nature du partage. On appliquera par suite la règle de l'article 883 dans les rapports de chaque co-partageant avec ses co-partageants et les ayants-cause de ceux-ci, et non dans les rapports de chacun d'eux avec des tiers. La communauté, de la sorte, se trouve exclue du domaine de l'effet déclaratif. La mise en communauté de biens provenant d'une indivision ne saurait en aucune manière compromettre l'égalité qui doit régner entre les co-partageants. L'autorité de Pothier, que l'on invoque en sens contraire, n'est pas décisive. Elle ne suffit pas à créer la tradition. La divergence des solutions émises par Bourjon, Le Brun et Pothier prouve que la question était encore discutée à la fin de notre ancien droit¹. Il n'apparaît pas que les rédacteurs du Code Civil aient entendu faire prévaloir l'opinion de Pothier. Celle-ci a le tort de détourner la

1. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 275.

règle de l'effet déclaratif du partage de son but originaire. Elle a en outre le défaut de manquer de logique : elle est mal fondée à soustraire vis-à-vis de la communauté le prix de licitation d'immeuble et la soulte de partage immobilier à l'effet déclaratif du partage, du moment qu'elle le lui reconnaît applicable.

Non seulement la saine interprétation de l'article 883 ne conduit pas à son application à la communauté, mais encore des principes du droit matrimonial s'y opposent. D'après l'article 1096 C. Civ., les donations faites entre époux, pendant le mariage, sont toujours révocables. L'un ou l'autre époux trouverait dans l'article 883 le moyen d'échapper à cette règle ou de faire à son conjoint une donation irrévocable : il n'aurait qu'à abandonner à ses co-partageants sa part dans tous les immeubles, et à n'accepter dans son lot que des meubles qui tomberaient tous dans la communauté. — D'autre part, il résulte des articles 1433 et 1437 C. Civ. que si une valeur propre a tourné au profit de la communauté ou si une valeur commune a tourné au profit d'un époux, la communauté ou l'époux est tenu à récompense. Il n'est pas contesté que les meubles mis au lot de l'époux deviendront communs en totalité, ni que les immeubles à lui attribués deviendront propres en totalité ; sinon, le partage ne romprait une indivision que pour en faire renaître une autre entre l'époux et la communauté, contrairement au vœu du législateur (art. 1408 C. Civ.). Mais, conformément aux articles 1433 et 1437, l'époux devra récompense pour l'excédent de la valeur des immeubles compris dans son lot sur celle de sa part dans l'ensemble des immeubles indivis, et la communauté devra récompense pour l'excédent de la valeur des meubles compris dans le lot de l'époux sur celle de la part de ce dernier dans l'ensemble des meubles indivis. C'est en effet de cette part que la communauté s'est trouvée saisie lors du mariage ou lors de l'ouverture de la succession. Ses droits ne peuvent, sans infraction au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395 C. Civ.), être modifiés par un acte ultérieur de l'époux. Admettre cette possibilité serait, au surplus, rendre aisées les fraudes et mettre la femme à la merci du mari, puisqu'elle n'a pas à intervenir aux partages concernant celui-ci, tandis que le mari est toujours appelé à donner son autorisation aux partages intéressant sa femme.

121. Ces arguments, il faut l'avouer, ne sont pas dénués de force. Voyons ceux qui sont présentés à l'appui de l'opinion adverse.

Il est possible, dit-on, d'expliquer l'effet déclaratif du partage sans avoir recours à l'idée de fiction. Il n'y a qu'à considérer que chaque co-propriétaire a, pendant l'indivision, un droit portant sur tous les biens indivis sous la condition suspensive qu'ils seront mis dans son lot, ou sous la condition résolutoire qu'ils ne lui seront pas attribués. Cette condition se réalise par le partage et elle rétroagit au jour où a commencé l'indivision ; en conséquence, chaque co-partageant est réputé avoir été seul propriétaire depuis cette époque de tous les biens mis dans son lot, et il est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens mis dans le lot des autres¹. La condition accomplie produit son effet vis-à-vis de tout le monde, et notamment à l'égard des ayants-cause de chacune des parties, telle la communauté conjugale. — Si l'on s'en tient néanmoins à l'idée de fiction, l'interprétation restrictive s'impose sans doute, mais seulement quant aux actes et quant aux biens auxquels s'applique l'article 883². Les effets d'un acte touchent, en règle générale, les parties et leurs ayants-cause. On admet bien que l'effet déclaratif atteint les ayants-cause des co-partageants de l'attributaire, et on y soustrait les ayants-cause de ce dernier ! C'est créer une distinction contraire aux principes et qu'excluent les termes larges de l'article 883. Objectera-t-on qu'un acte n'est pas opposable aux ayants-cause antérieurs, et que la communauté a acquis son droit avant le partage. Cette objection porterait trop loin : elle frapperait également les ayants-cause des co-partageants de l'attributaire, auxquels on fait cependant supporter l'effet déclaratif. On y répondra que les personnes qui traitent avec un co-propriétaire savent que l'indivision est un état transitoire, que le droit du co-propriétaire ne sera définitivement fixé que par le partage, qu'elles ne peuvent donc tenir de leur auteur qu'un droit subordonné aux résultats du partage. Il est à remarquer, au surplus, que l'effet déclaratif se produit en dehors de la volonté des parties ; il n'y a pas lieu dès lors de le limiter à celles-ci³. — Si,

1. PLANIOL, III, n° 2379.

2. QUÉREL, *th. précit.*, p. 104 et s.

3. QUÉREL, *op. et loc. cit.*

d'ailleurs, il était démontré que l'époux s'était arrangé avec ses co-partageants de manière à faire échec à un principe de droit matrimonial, s'il était prouvé qu'il avait cherché à réaliser au profit de son conjoint une donation irrévocable ou au contraire à enrichir son patrimoine propre aux dépens de la communauté, cette combinaison frauduleuse devrait être déjouée par l'admission d'une récompense à la charge de la communauté ou de l'époux. Mais le seul fait de l'existence d'une différence entre la valeur relative de l'élément mobilier et de l'élément immobilier dans la part indivise et celle des mêmes éléments dans le lot de l'époux ne saurait être une cause de récompense : la fraude ne se présume pas, et le régime de la communauté légale ne comporte-t-il pas, de par son organisation même, des chances d'enrichissement ou d'appauvrissement pour chacun des époux au détriment ou au bénéfice de son conjoint ? Au reste, les dangers de fraude ne semblent pas si redoutables qu'on veut bien le dire. Le tirage au sort des lots les écarte. Les règles posées par les articles 826 et 832 C. Civ. relativement à la composition des lots tendent également à les prévenir, et il est permis de penser que les co-partageants de l'époux ne renonceront pas aisément à se prévaloir de ces règles ni à sacrifier à leurs convenances personnelles dans le seul but de favoriser une fraude dont ils ne sont pas appelés à profiter. — Quant au reproche adressé au système de Pothier d'être inconséquent en créant une exception à l'égard des soultes de partage immobilier et des prix de licitation d'immeubles, il n'est pas fondé. Ces soultes ou prix représentent des immeubles indivis qui eussent dû rester propres à l'époux s'ils lui avaient été attribués en nature ; or, il est de principe, sous le régime de la communauté légale, que les meubles substitués à des immeubles propres, et notamment la créance du prix de vente d'un immeuble propre, restent propres. — C'est, au contraire, le système de Le Brun qui mérite d'être taxé d'illogisme : Il se base sur l'article 883 pour déterminer le caractère propre ou commun des biens attribués à l'époux par le partage, puis, aussitôt après, il repousse cet article pour établir une récompense à la charge de l'époux ou de la communauté. Mais si les immeubles sont déclarés propres et les meubles communs, parce qu'ils sont censés avoir été transmis en totalité directement par le *de cujus* à l'époux attributaire, il n'y a pas lieu à récompense. Il faut ou rejeter ou appliquer com-

plètement le principe de l'effet déclaratif dans les rapports de l'époux co-partageant avec la communauté.

122. A la vérité, nous ne saurions nous associer entièrement à cette critique; car, tout en admettant que la communauté a été saisie dès l'origine de la part de l'époux dans les meubles indivis et que l'époux a acquis un droit propre sur sa part dans les immeubles indivis, on peut être amené pour des motifs étrangers à l'effet déclaratif du partage à déclarer communs ou propres tous les meubles ou tous les immeubles mis au lot de l'époux, encore qu'ils soient d'une valeur supérieure à celle de sa part dans les meubles ou dans les immeubles indivis, sauf récompense pour cet excédent de valeur. D'après l'article 1408, en effet, « l'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition ». Cette disposition, que la jurisprudence considère comme indépendante de l'article 883, rendra propre incontestablement en totalité l'immeuble attribué par le partage à l'époux. Que celui-ci ait acquis la part de ses co-partageants au moyen d'une somme prise sur la communauté ou en échange de sa part entrée en communauté dans les meubles indivis, c'est toujours une valeur commune qui a été employée à l'accroissement d'un propre; récompense est due de ce chef. Si, au contraire, l'époux avait reçu des meubles en toute propriété en échange de sa part dans les immeubles indivis, on ne devrait pas décider que ces meubles entrent en totalité dans la communauté sauf récompense, mais qu'ils deviennent propres jusqu'à concurrence de la valeur de la part de l'époux, abandonnée à ses co-partageants, dans les immeubles indivis et communs pour le surplus, car un meuble substitué à un propre prend le caractère propre. Sans doute, on créera ainsi une indivision entre l'époux et la communauté, et c'est précisément une indivision de ce genre que l'article 1408 a pour but d'éviter. Mais ce motif ne saurait suffire, en l'absence d'un texte exprès, à faire déclarer commun en totalité un meuble dont une part seulement est tombée dans la communauté et l'autre part est subrogée à un propre. Cependant, si des meubles consommables par le premier usage, comme des espèces, étaient attribués à l'époux en échange de sa part dans des immeubles, ils tomberaient en raison de leur nature

dans la communauté comptable seulement de leur valeur à sa dissolution. Ainsi l'objection au système de Le Brun, tirée de la contradiction qu'il y a à déterminer le caractère commun ou propre des biens allotis d'après les résultats du partage tout en admettant la possibilité de récompenses, n'est réellement fondée qu'à l'égard meubles non consommables par le premier usage mis au lot de l'époux. — Nous estimons aussi discutable cet autre argument tiré de l'intention des époux en faveur du système de Pothier : en se soumettant au régime de la communauté légale les époux, dit-on, ont entendu se référer aux résultats du partage en ce qui concerne la détermination du caractère propre ou commun des biens à eux échus par succession au cours du mariage¹. Cette intention que l'on prête aux époux est divinatoire. En tout cas, elle ne peut être prise en considération dans l'opinion des auteurs qui pensent que l'adoption du régime de la communauté légale est imposée par la loi aux époux mariés sans contrat et non présumée conforme à leur volonté tacite².

Acceptons néanmoins le système de la jurisprudence. Il trouve un appui solide dans les termes généraux de l'article 883. Il a, en outre, l'avantage de la simplicité et le mérite de la logique. S'il aboutit à des solutions qui ne paraissent pas toujours très équitables, ce n'est pas lui qu'il faut incriminer ni le principe sur lequel il repose, mais les principes mêmes qui régissent la composition de la communauté légale. Est-il plus choquant de voir, de nos jours, en raison de l'extension prise par la fortune mobilière, entrer en communauté un lot de meubles, ou rester propre un lot d'immeubles de même importance, qu'ils proviennent d'une succession purement mobilière ou purement immobilière, ou à la fois mobilière et immobilière ?

123. Quelles vont être les conséquences du système de la jurisprudence, comme aussi du système de Le Brun, appliqué aux parts sociales, portant sur une masse indivise à la fois mobilière et immobilière, possédées par un époux lors du mariage ou à lui échues pendant la communauté à titre de succession, de donation ou de legs ?

a) Supposons d'abord qu'il s'agisse d'une part dans une

1. FLURER, *Rev. Crit.*, 1889, t. LVI, p. 305.

2. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 8.

société dissoute, et que le partage ait lieu pendant la communauté. D'après l'opinion unanime, les meubles attribués en toute propriété à l'époux tomberont dans la communauté et les immeubles lui resteront propres. Peu importera la nature ou la qualification de l'acte intervenu : partage, licitation, cession de part, pourvu qu'il fasse cesser l'indivision à l'égard de ces biens¹ ; à cette condition il sera assorti de l'effet déclaratif. Cependant les donations de parts sont privées de cet effet². Mais cela est sans influence en notre matière, abstraction faite de la question de récompense. Si la part donnée porte sur des meubles, elle entrera en communauté (art. 1401, 1^o) ; si elle porte sur des immeubles, elle restera propre (art. 1405). D'après le système de la jurisprudence, aucune récompense ne sera due par la communauté ou par l'époux, encore que les meubles ou les immeubles sociaux allotis soient d'une valeur supérieure à celle de la part indivise de l'époux dans l'ensemble des meubles ou immeubles dépendant de l'actif de la société, sauf en cas de fraude démontrée aux articles 1096 ou 1395, 1433 et 1437 C. Civ. D'après le système de Le Brun, au contraire, récompense sera due par la communauté ou par l'époux pour l'excédent de valeur des meubles ou des immeubles allotis. Dans l'un et l'autre système, la communauté sera tenue à récompense pour la soulte stipulée au profit de l'époux en raison de l'attribution à l'un de ses co-associés d'un lot d'immeubles, plus important que le sien, ou pour sa part dans le prix de licitation d'un immeuble social, ou même — mais dans le système de la jurisprudence seulement — pour la totalité de ce prix à lui attribuée³. Par contre, ni dans l'un ni dans l'autre système, aucune récompense ne sera due pour la part supplémentaire acquise par l'époux d'un de ses co-associés à titre de donation dans les meubles ou immeubles sociaux.

Si l'époux associé se rend acquéreur sur licitation ou autrement de la totalité d'un immeuble social, cet immeuble lui

1. Cass. Req., 9 décembre 1878, S. 1879, I, 404 ; Civ., 23 avril 1884, S. 1884, I, 209, D. P. 1885, I, 19 ; Civ., 21 mai 1895, S. 1895, I, 350, D. P. 1896, I, 9 ; Req., 23 mars 1903, S. 1905, I, 129 et la note de M. WAHL ; cf. Civ., 11 janvier 1909, S. 1912, I, 49 et la note de M. WAHL, D. P. 1909, I, 81 et la note de M. PLANIOL ; COLIN et CAPITANT, III, p. 507.

2. PLANIOL, III, n^o 2389.

3. Cf. Cass. ch. r., 5 décembre 1907, D. P. 1908, I, 113.

restera propre pour le tout, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle aura fournie pour cette acquisition (art. 1408, al. 1 C. Civ.). Cette disposition est en effet applicable à toutes les indivisions, quelle qu'en soit la source¹. Si l'époux acquiert seulement une autre part de l'immeuble social, cette part lui deviendra propre, comme celle qu'il possédait primitivement, bien que, l'indivision n'ayant pas complètement cessé, l'effet déclaratif ne se produise pas, car, d'après la jurisprudence, l'article 1408 constitue une disposition indépendante de l'article 883². Si l'époux se rend cessionnaire de la totalité des droits sociaux de ses co-associés ou de l'un d'eux, la part qu'il acquerra ainsi dans les immeubles sociaux lui deviendra propre, comme celle qu'il possède de son chef : l'article 1408 vise aussi bien l'acquisition d'un ou de plusieurs immeubles déterminés que l'acquisition de droits immobiliers compris dans une universalité³. Dans ce dernier cas, il y aura lieu d'opérer une ventilation sur le prix de cession pour déterminer la fraction de ce prix correspondant aux droits immobiliers, pour laquelle seule la communauté sera tenue à récompense. — A supposer que les droits sociaux appartiennent à la femme et que le mari se soit rendu seul, et en son nom personnel, acquéreur d'une fraction ou de la totalité d'un immeuble social, la femme aura le choix, lors de la dissolution de la communauté, ou de prendre pour elle l'acquisition du mari ou de l'abandonner à la communauté, en remboursant le prix à celle-ci dans le premier cas, en ayant droit, dans le second cas, si le mari a acquis la totalité de l'immeuble, à une récompense égale à la portion du prix afférente à sa part (art. 1408, al. 2). La femme aura la faculté

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 91 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 237.

2. Cass. Req. 30 janvier 1850, S. 1850, I, 279, D. P. 1850, I, 171 ; Civ. 30 janvier 1865, S. 1865, I, 140, D. P. 1865, I, 191 ; 2 décembre 1867 (sol. impl.), S. 1868, I, 161, D. P. 1867, I, 469 ; Req. 18 février 1908, S. 1914, I, 315, D. P. 1908, I, 529, note de M. GUÉNÉE.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 95 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 526 ; HUC, IX, n° 119 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et SURVILLE*, I, n° 443 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 237 ; Cass. Req. 18 février 1908, *précité* ; Trib. Civ. Espalion, 5 décembre 1923, S. 1924, II, 105 et la note de M. VIALLETON ; *contra* : RODIÈRE et PONT, I, n° 627 ; LAURENT, XXI, n° 331 ; Cass. Req. 25 juillet 1844, S. 1844, I, 614, D. P. 1844, I, 428 (en ce qui concerne l'art. 1408, al. 2).

d'exercer son option avant la dissolution de la communauté, mais ne pourra y être contrainte. Elle pourra, ou ses héritiers pourront, au contraire, être mis en demeure de l'exercer après la dissolution de la communauté. Ce droit d'option se prescrira par trente ans à compter de cette époque¹. D'après la jurisprudence de la Cour de Cassation, le mari agit, dans l'hypothèse de l'article 1408, alinéa 2, comme gérant d'affaires de sa femme, en sorte que l'immeuble avant l'option devient provisoirement propre à celle-ci et lui reste définitivement propre, lorsqu'elle ou ses héritiers ont laissé prescrire leur droit d'option². D'après la majorité des auteurs, l'immeuble entre au contraire provisoirement en communauté, tant que la femme ne l'a pas *retrayé* et il devient définitivement commun après prescription du droit d'option³. Dans l'une et l'autre opinion, les actes de disposition et de constitution de droits réels consentis par le mari sur l'immeuble ne sont pas opposables à la femme qui le prend pour elle⁴.

b) S'il s'agit d'une part dans une société en activité lors du mariage, de l'ouverture de la succession, ou de la donation, et que le partage ait lieu pendant la communauté, les solutions sus-indiquées s'appliqueront respectivement aux meubles et aux immeubles existant dans l'actif social lors du mariage, de l'ouverture de la succession, ou de la donation, qui seront attribués à l'époux associé ou par lui acquis conformément à l'article 1408. Mais s'il lui est attribué des meubles ou des immeubles acquis par la société au cours de la communauté, ces meubles et immeubles deviendront indistinctement communs, car l'effet déclaratif du partage

1. Pour ces trois solutions : AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 101, 102, 103 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 246.

2. Cass. Civ. 2 décembre 1867, S. 1868, I, 161, *J. Pal.* 1868, 379 ; 17 février 1886, S. 1886, I, 161, *J. Pal.* 1886, I, 379 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 83.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, notes 99 et 104 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, nos 556 et 557 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 458 ; LYON-CAEN, note S. 1886, I, 161 ; VIALLETON, note S. 1924, II, 105. V. aussi Nancy, 9 juin 1854, S. 1854, II, 785 ; Caen, 31 juillet 1858, S. 1859, II, 97 ; Trib. Toulouse, 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53.

4. COLIN et CAPITANT, III, p. 83 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 105 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 559.

ne peut faire remonter la propriété privative de l'époux sur eux qu'au jour de l'acquisition par la société ; or, cette acquisition a eu lieu, par hypothèse, pendant la durée de la communauté, et tous les meubles et immeubles acquis à titre onéreux pendant cette durée deviennent communs. Exception toutefois devrait être faite pour les immeubles acquis au cours de la communauté en remploi d'immeubles possédés par la société avant le mariage, l'ouverture de la succession ou la donation, à la condition que l'époux associé se soit conformé aux règles édictées par les articles 1434 et 1435 C. Civ., ce qui sera très rare en fait. Si un immeuble acquis dans ces conditions, étant de valeur égale à celui aliéné, était mis au lot de l'époux associé, il lui serait propre pour le tout, sans récompense, d'après le système de la jurisprudence, avec récompense pour l'excédent de sa part dans cet immeuble, d'après le système de Le Brun, à supposer d'ailleurs que cet excédent ne compense pas la part qui était restée propre à l'époux dans d'autres immeubles sociaux attribués à ses co-associés. Si l'immeuble acquis en remploi était d'une valeur supérieure à l'immeuble aliéné, il faudrait bien admettre, même dans le système de la jurisprudence, une récompense à la charge de l'époux attributaire pour cet excédent de valeur, car il représente non une fraction de l'immeuble aliéné qui seul eût pu rester propre, mais des deniers sociaux qui seraient entrés dans la communauté. — Revenons au cas où l'immeuble a été acquis par la société au cours de la communauté, sans remploi et supposons que l'actif social comprend, en outre, lors du partage, un autre immeuble acquis avant la communauté, et, pour simplifier le raisonnement, qu'il y ait deux associés, dont celui marié sous le régime de la communauté légale, ayant des droits égaux, que les deux immeubles soient de même valeur, et que les valeurs mobilières aient été partagées également. L'époux recevra ou l'immeuble acquis pendant la communauté ou l'immeuble acquis avant. Dans le premier cas, cet immeuble deviendra commun ; il deviendra propre, dans le second, en vertu de l'effet déclaratif du partage, sans récompense à la charge de la communauté ni de l'époux, d'après le système de la jurisprudence. D'après le système de Le Brun, au contraire, récompense serait due, dans le premier cas, par la communauté pour la part de l'époux dans l'immeuble acquis avant la communauté, dans le second, par l'époux pour sa part dans

l'immeuble acquis par la société au cours de la communauté. Nous concluons donc que, lorsque l'actif de la société dissoute comprend des biens mobiliers et immobiliers acquis avant et pendant la communauté, les meubles mis au lot de l'époux entreront en communauté, quelle qu'ait été leur date d'acquisition par la société, et les immeubles à lui attribués deviendront propres ou communs suivant qu'ils auront été acquis avant ou pendant la communauté. Aucune récompense ne sera due de part ni d'autre, dans le système de la jurisprudence ; dans le système de Le Brun, récompense sera due par l'époux pour l'excédent de la valeur des immeubles mis dans son lot sur celle de sa part dans les immeubles sociaux existant lors du mariage, de l'ouverture de la succession ou de la donation, ou par la communauté pour l'excédent de la valeur de la part de l'époux dans les immeubles sociaux existant auxdites époques sur celle des immeubles mis dans son lot. Dans l'un et l'autre système, la communauté sera tenue d'indemniser l'époux de la soulte stipulée à son profit en raison de l'attribution à ses co-associés d'immeubles sociaux acquis avant la communauté, ou de sa part dans le prix de licitation de tels immeubles, ou même. — mais dans le système de la jurisprudence seulement — de la totalité de ce prix à lui attribuée.

c) Supposons maintenant que le partage des biens sociaux n'ait pas encore été effectué à la dissolution de la communauté. Faudra-t-il, dans le système de la jurisprudence, attendre que ce partage vienne déterminer les droits respectifs de l'époux et de la communauté sur lesdits biens ? MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville répondent négativement¹. « En ce cas, disent-ils, le droit de la communauté est irrévocablement fixé au moment où elle se dissout, eu égard à la proportion de meubles et d'immeubles compris dans la masse indivise. Le partage ultérieur ne peut ni augmenter ni amoindrir son droit ». Et ils invoquent à l'appui de leur opinion un arrêt de la Cour de Paris du 10 août 1897². A la vérité, dans l'espèce sur laquelle a statué cet arrêt la question de l'application de l'article 883 ne se posait pas. La communauté s'était dissoute par le divorce. Pendant le

1. *Tr. du Cont. de Mar.*, I, n° 266 bis.

2. *D. P.* 1898, II, 216.

mariage, le mari avait recueilli un legs universel. Un procès intervenu entre les héritiers et le mari légataire avait été tranché au profit de ce dernier par un arrêt rendu cinq mois après l'introduction de la demande en divorce, c'est-à-dire après la dissolution de la communauté dans les rapports entre époux (art. 252 C. Civ.). Néanmoins la succession purement mobilière, dont cet arrêt avait consacré l'attribution au mari, était entrée dans la communauté. Le litige portait sur le point de savoir si cette succession devait être comprise à la masse active pour sa valeur au jour de l'arrêt qui avait établi d'une manière définitive le droit du mari (thèse de la femme), ou au jour de la dissolution de la communauté (thèse du mari). Sa valeur lors de l'arrêt avait augmenté de 3.953 francs par rapport à celle qu'elle avait lors de la dissolution de la communauté. La Cour de Paris a décidé que la succession devait être estimée à la date de la dissolution de la communauté. — Quelle analogie aperçoit-on entre cette hypothèse et celle où les biens indivis mobiliers et immobiliers échus à l'un des époux pendant la communauté n'ont été partagés qu'après sa dissolution ? La découvre-t-on dans ce fait que le jugement (en l'espèce, l'arrêt rendu au profit du mari légataire universel) et le partage présentent ce caractère commun d'être doués d'un effet déclaratif ? Cela n'empêche pas les deux hypothèses d'être bien différentes au fond. Dans celle sur laquelle a statué la Cour de Paris, ce n'est pas l'objet du droit de la communauté, c'est son estimation qui est discutée. Dans celle qui nous intéresse, c'est l'objet même du droit de la communauté qui est en question. Cette distinction a son importance. Remarquons, en effet, à propos de la première hypothèse, que l'objet du droit de la communauté ou mieux ce droit lui-même dépendait de la solution du litige qui existait entre le mari et les héritiers. Si ceux-ci avaient eu gain de cause, le mari aurait été exclu de la succession, qui eût échappé ainsi à la communauté ; l'effet déclaratif de l'arrêt se serait produit à l'égard de la communauté, bien qu'il ait été rendu postérieurement à sa dissolution. Si la question de l'estimation de ladite succession a pu se poser entre les époux, c'est parce que, en vertu de l'effet déclaratif de l'arrêt, cette succession avait été reconnue échue au mari pendant le mariage, et qu'elle était par suite entrée dans la communauté. Assimile-t-on le partage à l'arrêt, il faut faire produire de même au partage son effet déclaratif à l'égard

de la communauté, bien qu'il ait eu lieu après la dissolution de cette dernière, et dire que l'époux étant réputé avoir été propriétaire des meubles et immeubles mis dans son lot au moins dès le jour où ces biens à l'état indivis ont pris contact avec la communauté en cours, ces meubles sont devenus communs et ces immeubles propres¹. L'assimilation du partage au jugement souffre, il est vrai, une objection. On comprend qu'un jugement qui ne dépend pas de la volonté des parties soit opposable à la communauté, même s'il est rendu après sa dissolution. On peut estimer, au contraire, que la composition de la communauté ne saurait être modifiée par aucun acte émanant de la volonté de l'un des ex-époux après la dissolution, par exemple un partage. Mais le partage, en vertu de son effet déclaratif, ne modifie pas la composition de la communauté, il la détermine. Tant qu'il n'a pas été effectué, le droit de la communauté est en suspens. Les fraudes ne sont, d'ailleurs, pas plus à redouter, lorsque le partage a lieu après la dissolution de la communauté, que lorsqu'il a lieu pendant sa durée. Moins même, car la puissance maritale ayant cessé, la femme ou ses héritiers pourront intervenir au partage des biens indivis provenant du chef du mari, si des règles spéciales à la cause de l'indivision, applicables aussi bien au mari qu'à la femme, ne les en écartent pas. La Cour de Cassation a admis l'application, à l'égard de la communauté, de l'effet déclaratif du partage effectué après la dissolution². Il s'agissait précisément de la part du mari dans une société dissoute mais non encore partagée lors de la dissolution de la communauté. Sans doute, le résultat du partage n'influe pas sur l'étendue du droit de la communauté relativement à cette part qui, acquise à titre onéreux pendant le mariage, était devenue commune tout entière, et le point litigieux était d'ordre fiscal. Il est intéressant, néanmoins, de noter ce motif de l'arrêt, susceptible d'être invoqué aussi bien pour discriminer les meubles compris dans la part sociale, qui doivent entrer dans la communauté, et les immeubles qui doivent en être exclus : « l'objet de cette propriété (la part indivise dans la société dissoute

1. En ce sens, DURANTON, XIV, n° 117 *in fine*, en ce qui concerne les successions non encore partagées lors de la dissolution de la communauté.

2. Cass. Civ., 12 février 1890, S. 1891, I, 230, J. Pal. 1891, I, 545, D. P. 1890, I, 204.

dont avait été saisie la communauté), encore indéterminé au moment de la dissolution de la communauté, s'est trouvé déterminé par le partage et la licitation qui ont eu lieu au mois de décembre 1880, et qui ont produit un effet rétroactif au jour de la dissolution de la société ».

D'autre part, l'application à la communauté de l'article 883 aux partages, même conclus après la dissolution, se concilie très bien avec la solution de l'arrêt de la Cour de Paris sus-énoncé. On peut décider, en effet, que les meubles attribués à l'époux devront être portés à la masse active de la communauté pour leur valeur à la dissolution de celle-ci, bien que le partage de la société ait eu lieu ultérieurement. Cette solution est d'ailleurs contestable, car, d'après la pratique notariale, généralement approuvée par la doctrine¹, l'évaluation des biens héréditaires doit être faite non au jour de l'ouverture de la succession, mais au jour du partage, et cette règle est applicable aux partages de communauté en vertu de l'article 1476 C. Civ.².

Cependant n'y a-t-il pas une raison spéciale à la nature de la part sociale, qui incite à ne pas reculer jusqu'au partage de la société la fixation des droits de la communauté dissoute sur ladite part ? Si la société (association en participation, société civile, pour ceux qui lui refusent la personnalité) est en activité lors de la dissolution de la communauté, le conjoint de l'associé ou ses héritiers ne pourront assurément pas en provoquer le partage. Mais son existence pourra se prolonger longtemps encore. Faudra-t-il donc attendre sa dissolution et son partage pour régler la situation des divers ayants-droit à la communauté relativement à cette part sociale ? Nous ne le pensons pas. Nous justifierons notre opinion au titre III. Dès lors, c'est à la dissolution de la communauté (ou du partage de celle-ci³) que l'on devra se placer pour apprécier les droits de la communauté sur la part sociale. Ils porteront sur la part de l'époux associé dans l'ensemble des meubles sociaux existant alors et sur sa part dans les

1. V. ROUSSEAU, note S. 1924, II, 33, sous Trib. Civ. Seine, 17 novembre 1923 ; Lyon, 2 avril 1925, S. 1925, II, 54 ; *Contra* : Trib. Civ. Seine, 17 novembre 1923, *précité*.

2. Paris, 27 juin 1927, D. P. 1927, II, 161, et la note de M. CAPITANT.

3. V. *infra* titre III-C.

immeubles acquis par la société pendant la communauté, déduction faite de la part du passif social à la charge de la communauté. Quant à la part de l'époux dans les immeubles possédés par la société antérieurement à la communauté, elle lui restera propre.

Au contraire, si la société était dissoute mais non partagée lors de la dissolution de la communauté (et, s'il s'agit d'une société douée de personnalité, pour que l'article 883 puisse être mis en cause, il faut supposer qu'elle était déjà dissoute, et même, d'après notre opinion, déjà liquidée, lorsque la part de l'époux dans cette société est entrée en contact avec la communauté), le conjoint de l'époux associé ou ses héritiers pourront demander le partage de la société¹. Nous estimons donc que c'est d'après le résultat du partage, susceptible d'être opéré immédiatement, que devront être réglés les droits de la communauté dissoute conformément à l'article 883 du Code Civil.

1. GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 342 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 235.

CHAPITRE III

**Parts sociales données ou léguées à l'un des époux
avec exclusion de communauté**

124. D'après les principes ci-dessus exposés, la part sociale donnée ou léguée pendant le mariage entre en communauté, si elle se rapporte à une société douée de personnalité ; elle devient commune en tant qu'elle porte sur des meubles, et propre en tant qu'elle porte sur des immeubles, si elle se rapporte à une société dénuée de personnalité ou à une société douée de personnalité mais dissoute (et, selon nous, liquidée) lors de la donation ou du décès du testateur. L'article 1401, 1^o réserve toutefois au donateur ou au testateur la faculté d'exclure de la communauté le bien qu'il donne ou lègue. La part sociale donnée ou léguée restera donc propre à l'époux bénéficiaire, si telle est la volonté du disposant. Cette volonté n'a pas besoin d'être exprimée en termes sacramentels ; elle peut résulter soit de l'ensemble des clauses de l'acte, soit de la nature même de l'objet légué¹. La Cour de Cassation a jugé notamment que la clause d'incessibilité frappant la quotité disponible léguée, bien qu'ayant été tenue pour nulle et non écrite aux termes de l'article 900 C. Civ., avait pu être considérée par les juges du fond comme manifestant suffisamment l'intention du testateur d'exclure de la communauté les biens légués². Si parmi ces biens il y avait eu une part sociale, elle serait ainsi restée propre à l'époux légataire. Mais l'incessibilité naturelle de la part sociale donnée ou léguée (intérêt) ne suffit pas à lui imprimer le caractère propre, car elle s'explique, comme nous l'avons vu (question préliminaire, n^o 3, *supra*), par des raisons qui ne s'opposent pas à sa mise en communauté. Par contre, la part sociale donnée ou léguée

1. Cass. Req., 10 novembre 1879, S. 1880, I, 337, J. Pal. 1880, I, 833, et la note de M. LABBÉ ; 19 avril 1904, S. 1905, I, 181, D. P. 1905, I, 78.

2. Cass. Req., 19 avril 1904, *précité*.

à titre alimentaire serait par cela même exclue de la communauté¹. A vrai dire, l'exclusion de communauté, en ce cas, résulte du principe général, d'après lequel les biens à caractère personnel marqué restent propres, plutôt que de la règle spéciale aux biens donnés et légués, formulée par l'article 1401. 1^o *in fine*.

Au reste, une limitation doit être apportée à la faculté concédée au donateur par l'article 1401, 1^o. Il ne pourra pas, si le donataire est son héritier à réserve, exclure de la communauté les biens meubles, et notamment les parts sociales, compris dans la réserve de celui-ci².

1. Cf. Gand, 11 février 1882, S. 1882, IV, 40, *J. Pal.* 1882, II, 64.

2. Cass. Civ., 6 mai 1885, S. 1885, I, 289, *J. Pal.* 1885, 721, et la note de M. LABBÉ, D. P. 1885, I, 369 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 20.

TITRE II

Parts sociales acquises à titre onéreux pendant le mariage

125. En principe, tous les biens meubles et immeubles acquis à titre onéreux pendant son cours entrent dans la communauté légale. Pour régler le sort de la part sociale en ce cas il n'y a donc pas à rechercher son caractère mobilier ou immobilier : parts d'intérêt ou actions, parts dans les sociétés douées de personnalité ou parts dans les sociétés dénuées de personnalité (associations en participation, sociétés civiles, si on leur refuse la personnalité), alors même que l'actif social comprendrait des immeubles, parts dans les sociétés en liquidation, que l'on admette ou non la subsistance de la personnalité de la société pendant la liquidation vis-à-vis de la communauté, deviendront communes intégralement, si elles ont été acquises à titre onéreux, pendant la communauté, par le mari ou par la femme dûment autorisée¹ (la femme pourrait sans autorisation acheter des actions avec ses biens réservés, ou les mettre en commandite, mais il ne semble pas qu'elle puisse devenir associée en nom sans l'autorisation de son mari, même en apportant des biens réservés à la société²). De même, les actions souscrites pendant la communauté, bien que la société ne soit pas encore définitivement constituée lors de la dissolution, deviendront communes. Cette solution ne souffre pas de difficulté, si l'on attribue, comme nous, une certaine personnalité à la société pendant sa période constitutive. Elle s'impose également, croyons-nous, si l'on refuse à la société toute personnalité avant sa constitution définitive : tout acte conclu pendant le mariage par l'un ou l'autre époux doit, en principe, profiter à la communauté, encore qu'il fasse naître une créance à terme ou conditionnelle, dont l'échéance ne tomberait ou la condition ne se réaliserait qu'après la dissolution de la communauté³.

1. Cass. Req., 13 avril 1921, S. 1924, I, 305, note de M. ROUSSEAU.

2. Cf. AUBRY et RAU, VII, § 500 *bis*, notes 3 et 12.

3. DURANTON, XIV, nos 108, 109 et 110.

D'ailleurs, la libération des actions souscrites n'incombe-t-elle pas à la communauté, comme toute dette contractée pendant sa durée ? N'est-elle pas en droit, dès lors, de revendiquer la propriété de ces actions ? Il est quelque peu choquant, dira-t-on, de voir la communauté dissoute acquérir une chose totalement inexistante pendant son cours, si du moins on refuse toute rétroactivité à la naissance de la société. Cependant, la communauté a possédé le droit de recevoir les actions qui seraient délivrées ultérieurement. Il est juste que l'exercice et le profit de ce droit appartiennent conjointement aux bénéficiaires de la communauté, après sa dissolution.

Notons que, d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395) et la puissance maritale (art. 1388) interdisent aux époux communs en biens de former une société entre eux seuls¹ ou entre eux et des tiers². Cependant, si la femme n'est intervenue à l'acte de société contractée avec des tiers qu'à titre de commune en biens et non pour acquérir personnellement et concurremment avec son mari la qualité d'associée (dans le but, par exemple, de se désister de son hypothèque légale sur les immeubles mis en société), la société sera valable³. En ce cas, le mari est réputé avoir associé la communauté ou s'être associé lui-même avec des tiers. Il va sans dire que la société serait également valable, si le mari n'avait fait qu'autoriser sa femme à former une société avec des tiers⁴. D'autre part, les motifs sur lesquels est fondée la nullité des sociétés entre époux ne touchent que les sociétés dans lesquelles deux époux sont associés en nom, ou l'un associé en nom, l'autre commanditaire. Ils n'atteignent pas les sociétés par actions ou en commandite

1. Cass. Cr., 9 août 1851, S. 1852, I, 281, *J. Pal.* 1853, II, 132, D. P. 1852, I, 160.

2. Cass. Req., 8 décembre 1891, S. 1892, I, 393, D. P. 1892, I, 117 ; Civ., 5 mai 1902, S. 1905, I, 41, note de M. HÉMAR, D. P. 1903, I, 207 ; Req., 23 avril 1902, S. 1904, I, 506.

3. Trib. Civ. Seine, 6 mars 1891, *Rép. Enreg.*, 1891, n° 7640 ; 18 février 1896, *J. Soc.*, 1897, 437 ; Trib. Com. Lyon, 12 juillet et 8 août 1898, *Ann. de Dr. Comm.*, 1899, 16 ; Amiens, 8 juillet 1899, *J. Soc.*, 1900, 212 ; Trib. Com. Seine, 19 décembre 1903, *Pand. Fr. Pér.*, 1905, II, 158, *J. Soc.*, 1904, 268 ; cf. Cass. Req., 12 mai 1874, S. 1874, I, 427, *J. Pal.*, 1874, 1088 ; Civ., 24 février 1913, S. 1916, I, 81 ; HOUPI, *J. Soc.*, 1894, p. 81 et s.

4. Trib. Civ. Seine, 2 juin 1906, *J. Soc.*, 1907, 84.

dans lesquelles deux époux sont ensemble actionnaires ou commanditaires ¹, ni les sociétés à responsabilité limitée dans lesquelles ni l'un ni l'autre époux n'est gérant ².

La communauté peut acquérir soit une part dans une société existante par achat, soit une part dans une société nouvelle au moyen de l'apport de biens communs ou de l'industrie de l'un des époux ³.

126. Cependant, la part sociale acquise en remploi du prix de vente d'un propre ou en emploi de deniers propres, et conformément aux prescriptions de l'article 1434 en ce qui concerne le mari et la femme, et de l'article 1435 en ce qui concerne spécialement la femme, sera propre. Sera également propre la part sociale délivrée au mari ou à la femme en représentation d'un apport de biens propres, même en l'absence dans l'acte de société de la double déclaration d'origine et d'emploi prévue par l'article 1434 C. Civ., si les biens apportés sont individuellement déterminés.

Sera propre encore la part sociale acquise en échange d'un propre (arg. art. 1407) et généralement toute part sociale pouvant être considérée comme subrogée à un propre. Nous renvoyons à ce sujet aux développements que nous donnons relativement aux parts sociales subrogées à des propres sous le régime de la communauté réduite aux acquêts où les cas se présentent beaucoup plus fréquemment.

Deviendra propre également la part sociale d'un associé décédé, qui accroîtra à la part sociale propre de l'époux associé survivant en vertu d'une clause des statuts stipulant la continuation de la société entre les survivants, en cas de décès d'un des associés (art. 1868 C. Civ.), à la charge par eux de rembourser aux héritiers de l'associé décédé les droits de leur auteur, alors même que cette clause conférerait aux survi-

1. HÉMARD, *Th. et Prat. des Nullités de Sociétés et des Sociétés de fait*, n° 82 ; BOUVIER-BANGILLON, note *Pand. Fr. Pér.*, 1905, II, 158.

2. PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, n° 435.

3. V. cep. Trib. Civ. Seine, 21 juin 1922, sous Paris, 20 novembre 1923, D. P. 1924, II, 121, d'après lequel, l'apport en industrie portant sur des attributs essentiels de la personnalité, la part sociale obtenue en contrepartie constitue un propre. Nous avons réfuté cette manière de voir (V. Question préliminaire, n° 5 *supra*). La part sociale correspondant à un apport en industrie est un produit du travail, devant donc entrer dans la communauté légale, comme tous les produits du travail.

vants le droit d'opter entre la dissolution ou la continuation de la société¹. Bien entendu, il serait dû récompense à la communauté des sommes prises sur elle pour indemniser les héritiers de l'associé décédé.

127. Au contraire, entrerait en communauté, en tant du moins qu'elle serait mobilière, la part d'un associé décédé recueillie par succession par l'époux co-associé survivant en vertu d'une clause des statuts stipulant la continuation de la société en cas de décès d'un associé avec les héritiers de ce dernier, bien que la part originaire de l'époux héritier constituât pour lui un propre. Sans doute, dans l'hypothèse précédente où l'associé survivant n'est pas héritier, nous fondons le caractère propre de la part nouvelle de celui-ci sur ce que son principe d'acquisition dérive du contrat de société, et il semble qu'on en puisse dire autant en ce qui concerne l'associé héritier qui bénéficie d'une clause de continuation de la société avec les héritiers. Une différence existe cependant entre les deux situations. Le titre d'acquisition de l'époux survivant en cette dernière hypothèse, c'est son titre d'héritier, et non la clause du pacte social. Celle-ci ne fait que prolonger la durée de la société. Si la société avait été dissoute, l'époux héritier aurait recueilli néanmoins la part de son auteur, qui serait devenue commune dans la mesure où elle aurait été mobilière. Il n'en saurait être autrement, lorsqu'il recueille une part dans une société existante au lieu d'une part dans une société dissoute. Seule la détermination de la nature mobilière de l'une et l'autre part est susceptible de varier, et encore, d'après notre opinion, la part dans une société douée de personnalité, dissoute mais non liquidée, présente le même caractère mobilier que la part dans une semblable société existante.

128. Les revenus des parts sociales propres entreront d'ailleurs en communauté. La détermination de ces revenus donne lieu à certaines difficultés que nous examinerons à propos de la communauté réduite aux acquêts. Disons seulement que les actions attribuées en représentation de réserves, à l'époux titulaire d'actions anciennes propres, et les actions souscrites en vertu d'un droit de souscription attaché à des actions anciennes propres, deviendront propres.

1. V. *infra* 2^e partie, titre I, chap. II, sect. 1.

TITRE III

Effets de l'entrée en communauté de la part sociale

129. Nous connaissons maintenant les cas dans lesquels la part sociale entre dans l'actif de la communauté légale. Quels vont être les effets de cette entrée en communauté ? Il y a lieu, pour les déterminer, de tenir compte de la nature spéciale de la part sociale, de combiner les règles de la communauté avec les règles du contrat de société. A la vérité, la communauté absorbera d'une manière beaucoup plus complète les actions que les intérêts ou les parts dans les sociétés à responsabilité limitée.

130. La condition de l'action commune sera à peu près celle d'un meuble commun ordinaire. L'action sera soumise à tous les pouvoirs du mari, chef de la communauté. Il pourra l'aliéner (art. 1421 C. Civ.), même à titre gratuit (art. 1422 C. Civ.). C'est aussi au mari qu'il appartiendra tout naturellement de représenter la communauté dans les assemblées générales d'actionnaires, et de faire valoir vis-à-vis de la société tous les droits attachés à la qualité d'actionnaire, même en ce qui concerne les actions provenues du chef de la femme. La communauté profitera de tout ce qui sera distribué pendant son cours par la société : dividendes ordinaires ou extraordinaires, actions nouvelles émises par suite d'incorporation de réserves au capital, actions anciennes préemptées par la société en vertu d'une clause des statuts et réparties entre les actionnaires restants, actions d'autres sociétés possédées par la société et réparties entre ses membres. Si la société vient à se dissoudre pendant la communauté, c'est à celle-ci que seront attribués les biens meubles ou immeubles représentant la part de l'actif social à laquelle donneront droit les actions qui lui étaient advenues. Si la société existe toujours à la dissolution de la communauté, les actions communes passeront alors sous le régime de l'indivision pure et simple ; le mari, s'il survit, n'aura plus sur elles les pouvoirs

étendus qu'il avait durant la communauté ; ses droits et pouvoirs seront égaux à ceux de ses co-indivisaires, c'est-à-dire limités à sa part. L'indivision ne sera d'ailleurs qu'un état transitoire ; il y aura lieu de procéder au partage des actions communes : partage en nature si leur nombre ou le reste de la consistance de la communauté le permet, sinon licitation. Notons que les actions communes pourront être l'objet de prélèvements de la part de l'un ou de l'autre époux, et d'abord de la femme, à raison des récompenses qui lui seront dues par la communauté (art. 1470, 1471 C. Civ.).

131. S'il s'agit de parts d'intérêt ou de parts de sociétés à responsabilité limitée, devenues communes, les droits de la communauté se heurteront à certaines règles spéciales aux sociétés de personnes et aux sociétés à responsabilité limitée. Lorsqu'une action est commune, on peut dire que la communauté est actionnaire. Non certes, qu'elle forme une personne morale, mais la qualité d'actionnaire, de même que celle de propriétaire d'un bien quelconque, se répartit entre les deux époux, et les droits y attachés sont exercés conformément aux règles de la communauté. On ne peut pas dire au contraire que la communauté bénéficiaire du chef d'un des époux d'une part d'intérêt ou de société à responsabilité limitée devienne associée. Cette qualité appartient en propre à l'époux qui a été partie au contrat de société ; il ne peut, en vertu de l'article 1861 C. Civ., la céder même partiellement à son conjoint, pas plus qu'à nulle autre personne. La prohibition des sociétés entre époux s'y oppose par ailleurs. La jurisprudence, cependant, admet un tempérament à cette prohibition. Suivant elle, les deux époux communs en biens peuvent intervenir à l'acte de société, pourvu qu'ils agissent dans un intérêt commun, ne prennent pas chacun distinctement la qualité d'associé, alors même que des parts ou des avantages distincts seraient attribués à chacun d'eux¹. Ces parts ou avantages viennent, en effet, se confondre dans la communauté, et aucune atteinte n'est portée à la puissance maritale, attendu que les deux époux ne sont pas sur un pied d'égalité dans la société, mais n'ont ensemble qu'une seule voix, ne forment qu'une seule tête représentée par le mari. La communauté peut, dans ces conditions, être dite associée ;

1. HOUPIN, *J. Soc.*, 1894, p. 81 et s.

l'article 1861 C. Civ. n'y fait pas obstacle, puisque les deux époux sont intervenus à l'acte de société. La communauté est ainsi associée, comme elle est actionnaire. La qualité d'associé repose sur les deux époux conjointement, et les droits y attachés sont exercés conformément aux règles de la communauté.

132. Revenons au cas où un seul époux est associé en son nom personnel, soit le mari, soit la femme autorisée du mari. Cette simple autorisation même donnée dans l'acte de société ne saurait rendre en effet le mari associé. Il est à remarquer que la femme pourrait avec l'autorisation de son mari, ou plutôt en vertu du pouvoir à elle conféré par celui-ci, apporter un bien commun en société. Le fait que la femme devienne associée et non lui ne porte pas atteinte à ses droits de chef de communauté. La gestion des affaires sociales est étrangère à celle de la communauté¹.

Nous supposons donc que le mari ou la femme est seul associé. Quelle est alors la situation de la communauté ? Une idée vient naturellement à l'esprit. C'est en vertu de l'article 1861 C. Civ. que l'on refuse à la communauté la qualité d'associée. Or, aux termes du même article « chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société ». Cette tierce personne est appelée croupier. La communauté n'est-elle pas croupière de l'époux associé ? L'affirmative est généralement admise par la doctrine² et la jurisprudence³. Cette manière de voir nous semble critiquable. Considérer la communauté comme croupière n'est-ce pas, en réalité, considérer comme croupier le conjoint de l'associé ? Or, la sous-association qui existe entre le croupier et l'associé a, dans l'opinion dominante, le véritable caractère

1. Trib. Civ. Seine, 2 juin 1906, *J. Soc.*, 1907, p. 84.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 271 bis ; THALLER et PIC, I, n° 373 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 266 ; BASSET, *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse, Paris, 1924, p. 20.

3. Rennes, 30 juillet 1859, sous Req. 13 novembre 1860, S. 1861, I, 884, *J. Pal.* 1861, 941 ; Paris, 18 mai 1888, D. P. 1889, II, 137 ; Trib. Civ. Seine, 2 juin 1906, *précité* ; Caen, 13 novembre 1914, *Rec. des Arrêts de la Cour de Caen*, 1925-26, p. 49 ; Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161.

d'une société¹. Mais les sociétés entre époux sont interdites. Après avoir évité cette prohibition en décidant que le conjoint de l'associé ne devient pas associé, on se heurte à elle en déclarant qu'il devient croupier. Et certes, cette sous-association qui se formerait entre les époux est tout aussi incompatible avec le régime de la communauté qu'une société principale. Elle conférerait au croupier le droit d'agir contre son conjoint associé en communication de gains ; or, les époux ne peuvent agir l'un contre l'autre pendant la communauté². Dira-t-on que c'est la communauté qui est croupière ? Mais la communauté ne constitue pas une personne morale. Ce qui est vrai, c'est que la part d'intérêt, de même qu'elle peut faire l'objet d'une sous-association, peut faire l'objet d'une mise en communauté. Il ne se greffe pas sur la communauté une sous-association entre les époux relativement à cette part. Le conjoint profite de celle-ci non à titre de croupier, mais à titre d'époux commun en biens. Sans doute sa situation vis-à-vis de la société est semblable à celle du croupier ; il ne peut pas davantage s'immiscer dans les affaires sociales. Mais les rapports de l'associé et de son conjoint entre eux sont gouvernés par les règles de la communauté, tandis que les rapports de l'associé et du croupier entre eux sont gouvernés par les règles qui dérivent de la convention de croupier, et ces règles sont différentes. Personne ne le contestera, pensons-nous. Il ne s'agit pas cependant d'une simple question de mots ; nous le verrons, lorsque nous étudierons le règlement des droits des intéressés sur la part commune à la dissolution de la communauté.

133. A. Envisageons, auparavant, *le cas où la société vient à se dissoudre pendant la communauté*. Celle-ci recueillera tous les biens sociaux, meubles et immeubles, qui seront attribués par le partage à l'époux associé, à supposer d'ailleurs que la société fût douée de personnalité³. On a contesté,

1. TROPLONG, *Cont. de Soc.*, II, n° 757 ; PONT, nos 618-619 ; LAURENT, XXVI, n° 337 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 260 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 180.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 512, texte et note 7.

3. Cass. Civ., 12 février 1890, S. 1891, I, 230, J. Pal. 1891, 545, D. P. 1890, I, 204 ; DURANTON, XIV, n° 122 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 14 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 172.

toutefois, le droit de la communauté sur les immeubles, sous prétexte qu'en vertu de l'effet déclaratif du partage le conjoint serait réputé avoir possédé lors du mariage, ou avoir reçu par succession, donation ou legs lesdits immeubles¹. Mais l'effet déclaratif du partage ne peut remonter au delà de la dissolution de la société, qui a lieu par hypothèse pendant la communauté. La personnalité de la société dure au moins jusqu'à cette époque et elle ne saurait être rétroactivement anéantie. C'est l'action ou l'intérêt entier, avec tous les droits pécuniaires y attachés : le droit à une part du fonds social à la dissolution comme le droit aux bénéfices distribués au cours de la société, que l'article 529 déclare meuble, et qui tombe en conséquence dans la communauté.

Si la société était dénuée de personnalité, la communauté ne prendrait dans le lot de l'époux que les immeubles acquis durant son cours par la société et les meubles ; les immeubles possédés par la société avant l'entrée en contact de la part sociale avec la communauté resteraient propres à l'époux attributaire.

Remarquons que l'entrée en communauté des créances et immeubles sociaux mis au lot de l'époux associé se réalisera *erga omnes* sans qu'il soit besoin de recourir aux formalités édictées par l'article 1690 C. Civ. ni à la transcription. Ces formalités sont inapplicables à l'époux attributaire en vertu de l'effet déclaratif du partage, elles sont également inapplicables à la communauté. Au contraire, le croupier devrait observer ces formalités pour rendre opposable aux tiers l'attribution à lui faite de créances et d'immeubles sociaux². Voici une différence entre la situation de la communauté bénéficiaire d'une part d'intérêt et celle du croupier.

134. Il est bien certain que la femme ne pourrait intervenir au partage d'une société de personnes dont son mari serait membre. Le mari ne peut-il pas, au contraire, intervenir au partage d'une société dont fait partie sa femme ? La solution ne saurait faire de doute. Il a le droit d'intervenir pour autoriser sa femme. Il pourrait même, si la part de celle-ci était entrée entièrement en communauté, se substituer complètement à elle dans le partage. On admet que

1. TOULLIER, XII, n° 97 *in fine* ; TRÉPOND, *Cont. de Soc.*, II, n° 1066.

2. THALLER et PIC, I, n° 371 ; HOUPIER et BOSVIEUX, I, n° 180.

malgré le renvoi fait par l'article 1872 C. Civ., aux règles du partage des successions, l'article 841 C. Civ., relatif au retrait successoral, étant fondé sur un intérêt de famille inexistant en matière de société, ne saurait être invoqué par les associés pour écarter du partage le cessionnaire des droits d'un de leurs co-associés¹. *A fortiori* le mari agissant en qualité de chef de la communauté, où sont tombés les droits sociaux de sa femme, ne pourrait être exclu du partage. Le mari doit, au reste, laisser s'accomplir la liquidation conformément aux règles établies par le pacte social ou arrêtées ultérieurement. Il ne serait appelé qu'à donner son autorisation à sa femme quant à la convention fixant le mode de liquidation ou aux actes de la liquidation nécessitant le consentement de tous les associés.

135. B. *Si la communauté se dissout par le décès de l'époux associé*, quatre hypothèses sont possibles : la société sera dissoute, ou en vertu d'une clause du pacte social elle continuera avec les héritiers de l'associé décédé, ou avec son conjoint seulement, ou entre les seuls associés survivants (art. 1868 C. Civ.).

136. a) Dans le premier cas, les héritiers de l'associé décédé et son conjoint concourent avec les associés survivants à la liquidation et au partage de la société. La liquidation doit se faire conformément aux stipulations de l'acte de société. Dans le silence des statuts sur ce point, l'accord de tous les intéressés (associés survivants, héritiers et conjoint du décédé) sera nécessaire pour opérer la liquidation ou pour nommer un ou plusieurs liquidateurs. A défaut d'entente, toute partie pourra demander au tribunal la désignation d'un liquidateur². Le partage s'effectuera suivant les droits de chaque co-partageant. La part de l'associé décédé sera répartie entre ses héritiers et son conjoint. Notons que ceux-ci profiteront non seulement des opérations réalisées au cours de la société, et de celles commencées avant la dissolution de la société et terminées après, mais encore de celles accomplies par un

1. AUBRY et RAU, VI, § 385, texte et note 4 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 348 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 416 ; THALLER et PIC, n° 683 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 242.

2. WAHL, *Précis*, n° 1168.

associé après le décès de son co-associé, en l'ignorance de son décès¹.

137. b) Au cas où le pacte social prévoit la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, il y a lieu de se demander si le conjoint de l'associé décédé, dont la part est tombée dans la communauté, peut en sa qualité de commun en biens devenir associé avec les héritiers. Rigoureusement non. Si l'on peut comprendre sous la dénomination d'« héritiers » les héritiers *ab intestat* réguliers ou irréguliers, et les légataires universels ou à titre universel, en un mot tous les successeurs universels ou à titre universel du défunt, il n'en est pas de même du conjoint survivant commun en biens. Ce dernier ne succède pas au *de cujus*. Il possédait avant le décès sa qualité de commun en biens ; cette qualité ne lui avait pas conféré le titre d'associé, elle ne saurait d'ailleurs le faire après le décès, en l'absence d'une stipulation spéciale. — Mais si le conjoint survivant ne peut profiter de la clause de continuation de la société avec les héritiers, en tant que commun en biens, il peut en profiter en vertu du droit d'usufruit sur la succession de l'associé décédé qu'il tient de l'article 767 C. Civ. Ce droit d'usufruit est, en effet, concédé à l'époux survivant à titre héréditaire². Mais dès lors que l'accès de la société lui est ouvert, il devient associé aussi bien pour la part qu'il possède en qualité de commun en biens que pour sa part d'usufruit sur la succession de son conjoint. Il n'y a pas de raison, puisqu'il est admis dans la société, de lui rembourser une partie de ses droits. — D'autre part, s'il est stipulé que la société continuera avec les *représentants* de l'associé décédé, le conjoint survivant commun en biens doit, à notre avis, être compté parmi les représentants. Il a sur la part du défunt un droit qui est de même nature sinon de même origine que celui des héritiers. Comme ceux-ci, il représente le *de cujus* pour une fraction de sa part. On range parmi les représentants ceux qui se rendent acquéreurs des droits de l'associé décédé sur la poursuite de ses

1. PONT, n° 703 ; LAURENT, XXVI, n° 376 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 307 ; BASSET, *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse, Paris, 1924, p. 191 et s.

2. AUBRY et RAU, IX, § 606 bis, texte et note 2 ; PLANIOL, III, n° 1871.

créanciers¹ ; le conjoint survivant commun en biens n'est pas moins qualifié pour profiter de la clause dont s'agit.

138. c) Le pacte social peut stipuler que la société continuera avec le conjoint survivant de l'associé décédé. En ce cas, il entrera dans la société non seulement pour sa part d'époux commun en biens, mais pour l'intégralité de la part du défunt, sauf à tenir compte aux héritiers de ce dernier de la valeur de la portion qu'ils auraient dû recueillir². Le contrat de mariage peut également donner au conjoint survivant la faculté de prendre pour lui-même la totalité des droits sociaux, que le prédécédé posséderait à son décès et qui seraient tombés en communauté, sauf compte à faire avec les héritiers. Cette clause ne pourra être exécutée que si le pacte social le permet.

139. d) Au cas où le pacte social porte que la société continuera entre les survivants seulement, ceux-ci devront rembourser aux héritiers de l'associé décédé sa part dans l'actif social existant au décès, y compris le fonds de réserve³, sauf clause contraire expresse ou implicite⁴, et dans les droits ultérieurs qui seront une suite nécessaire de ce qui aura été fait avant le décès, sous déduction de sa part dans les dettes (art. 1868 C. Civ.). Le conjoint survivant aura droit à la moitié de cette part tombée en communauté, et les héritiers à l'autre moitié. Ladite part devra être mise d'ailleurs dans la masse partageable avec les autres valeurs actives de la communauté. — Si la société était dénuée de personnalité

1. PONT, n° 715 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 300 ; Paris, 13 août 1834, S. 1834, II, 674.

2. Paris, 15 juillet 1903, *Rép. Gén. Prat. du Notariat.*, art. 13.817 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 392 bis ; ARTHUYS, n° 727 ; THALLER et PIC, I, nos 409 et 601 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 211. M. HOUPIN a abandonné l'opinion qu'il avait d'abord soutenue (*J. Soc.*, 1894, p. 81), d'après laquelle cette stipulation serait nulle comme contenant une vente entre époux en dehors des cas permis par l'article 1595 C. Civ. L'article 1595 ne saurait être appliqué, disent MM. HOUPIN et BOSVIEUX (I, p. 238, note I) « à la cession conditionnelle et unilatérale contenue dans un acte de société et qui ne doit produire effet qu'après le décès du cédant ».

3. THALLER et PIC, I, n° 598 ; ARTHUYS, II, n° 729 ; VAVASSEUR, n° 224 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 212 ; *contra* : GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 306 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 407.

4. Dijon, 22 janvier 1877, S. 1880, II, 104, *J. Pal.* 1880, 444.

et que les ayants-droit de la part de l'associé décédé reçussent en représentation de cette part des biens sociaux individuellement déterminés, cette attribution vaudrait partage à leur égard (arg. art. 1868 C. Civ.) ; en conséquence, l'article 883 serait applicable et les meubles et immeubles acquis pendant la communauté et à eux attribués reviendraient à celle-ci, tandis que les immeubles acquis avant la communauté ou leur prix de vente seraient considérés comme propres. — Si, au contraire, les ayants-droit à la part de l'associé décédé recevaient une somme d'argent versée par les survivants personnellement ou même prise dans la caisse sociale, on ne saurait voir là qu'une dation en paiement, et la succession serait en droit de retenir sur cette somme le montant de la valeur de la part de l'associé décédé dans les immeubles sociaux existant lorsque les droits sociaux dudit associé sont entrés en contact avec la communauté.

140. Il est souvent ajouté à la clause de continuation de la société entre les survivants que les héritiers de l'associé décédé ne pourront faire apposer les scellés sur les biens et livres de la société ni faire dresser un inventaire authentique desdits biens, que leurs droits seront fixés d'après le dernier inventaire social antérieur au décès¹, que dans cet inventaire une valeur immuable sera donnée à tel ou tel élément d'actif. Ces stipulations lient les héritiers même mineurs, en vertu de l'article 1121 C. Civ. et malgré l'article 451 C. Civ.², et le conjoint survivant, parce que la communauté d'où lui proviennent ses droits a recueilli la part sociale de l'époux sous les conditions stipulées par les statuts sans fraude contre elle³. — Ceux-ci peuvent aussi conférer, en cas de décès d'un associé, au survivant un droit d'option entre trois partis : dissoudre et liquider la société, la continuer entre eux seuls en remboursant aux héritiers de l'associé décédé les droits de leur auteur d'après le dernier inventaire social, ou bien continuer la société avec lesdits héritiers. Cette clause est

1. Ce qui implique la non participation des héritiers aux bénéfices comme aux pertes ultérieurs (Trib. Com. Lyon, 13 août 1925, S. 1925, II, 73 et la note de M. ROUSSEAU ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 410 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 212).

2. Cass. Civ., 30 novembre 1892, S. 1893, I, 73. .

3. Cass. Req., 24 mars 1903, S. 1904, I, 137.

certainement valable : elle crée une obligation alternative subordonnée à la condition casuelle du décès d'un associé pendant la durée de la société¹.

141. Cependant, ces stipulations sont de nature à préjudicier gravement aux héritiers et au conjoint survivant de l'associé décédé. La valeur d'inventaire, que les statuts aient ou non établi des règles à suivre pour sa détermination, est généralement inférieure à la valeur réelle des objets inventoriés. La différence devient particulièrement importante, lorsque la monnaie a subi depuis la formation de la société une forte dépréciation. Les immobilisations : immeubles proprement dits, matériel, fonds de commerce, sont toujours évalués au cours antérieur à la dépréciation, alors qu'elles valent, en monnaie dépréciée, plusieurs fois davantage. Cette pratique, du moins tant que la monnaie n'est pas stabilisée, ne saurait être critiquée : elle est dictée par une légitime pensée de prudence. Les associés survivants, auxquels les clauses sus-rapportées permettront d'acquérir l'actif social avec de la monnaie avilie pour un prix très inférieur à son prix véritable en cette monnaie, réaliseront ainsi une affaire extrêmement avantageuse au détriment des ayants-droit du prédécédé. Ceux-ci n'auront-ils aucun moyen d'éviter les conséquences, si dommageables leur soient-elles, de la convention librement consentie par leur auteur ? Ils ne pourront invoquer l'imprévision, que la jurisprudence civile n'admet pas. Ne pourront-ils pas du moins recourir à la rescision pour cause de lésion ? Elle n'est accordée que pour la vente et le partage. Et par « partage » on entend « tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière » (art. 888 C. Civ.). Les règles du partage des successions, et notamment celles relatives à la rescision pour lésion, sont étendues par l'article 1872 C. Civ. au partage des sociétés. L'exécution des clauses dont s'agit n'équivaut-elle pas au partage de l'actif social, au sens large de l'article 888, à l'égard des représentants de l'associé décédé ? Dès lors, s'il en résulte pour ces derniers une lésion

1. Cass., 20 juin 1887, S. 1890, I, 515 ; AUBRY et RAU, VI, § 384, texte et note 8 *quater* ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 304 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 403 ; THALLER et PIC, n° 606 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 212.

dé plus du quart (et la lésion s'apprécie à l'époque du partage ou de l'acte en tenant lieu, — article 890 C. Civ.), l'action en rescision ne leur est-elle pas ouverte ? Une distinction, selon nous, s'impose.

142. — 1^o La clause oblige-t-elle les associés survivants à continuer la société entre eux, à la charge de rembourser les associés du prédécédé d'après le dernier inventaire social, elle s'analyse en une cession de droits sociaux consentie réciproquement par chaque associé au profit de ses co-associés sous la condition de son prédécès pendant la durée de la société. Cette cession, une fois la condition accomplie, est réputée parfaite dès le jour où elle a été stipulée. Elle présente un caractère aléatoire : la chance de gain ou de perte qu'elle comporte pour chacune des parties dépend uniquement d'un événement incertain, indépendant de leur volonté (art. 1104 C. Civ.). Par suite, elle n'est pas rescindable pour lésion. Elle tombe sous l'empire de l'article 889 C. Civ., applicable aux cessions de droits sociaux comme aux cessions de droits successifs¹, aux termes duquel l'action en rescision n'est pas admise contre une vente de droits successifs faite sans fraude à l'un des co-héritiers, à ses risques et périls par ses autres co-héritiers, ou par l'un d'eux. « Sans fraude », cela veut dire, d'après la jurisprudence, dans l'ignorance par les parties des forces et charges exactes de la succession². Il est évident que lors de la conclusion de la clause en question les parties ne savaient pas quelle serait la situation de la société au moment de sa réalisation³.

143. — 2^o La clause confère-t-elle aux survivants une faculté d'option entre la dissolution et la liquidation de la société

1. Cass. Req., 29 mars 1922 (motifs), S. 1923, I, 86

2. Cass. Req., 16 mars 1897, S. 1897, I, 278.

3. V. cep. ROUSSEAU, note S. 1924, I, 305, § 3, d'après qui une semblable clause cesserait d'être opposable aux héritiers et représentants de l'associé décédé, si l'écart entre la valeur d'inventaire et la valeur réelle était trop grand; parce que les associés en souscrivant cette clause n'en auraient pas mesuré exactement la portée. Mais cette opinion nous paraît reposer, en réalité, sur la théorie de l'imprévision que la jurisprudence n'admet pas. On ne saurait non plus tirer argument de la faculté accordée par la jurisprudence fiscale aux contribuables d'établir, en vue du calcul de l'impôt sur les bénéfices de guerre, l'insuffisance d'évaluations portées aux bilans d'avant-guerre. L'inventaire signé de l'associé sans fraude est opposable à ses ayants-droit.

ou la continuation entre eux seuls à charge d'indemniser les héritiers du prédécédé d'après le dernier inventaire, elle est d'une nature différente. Sans doute, en cas d'option par les survivants pour la continuation de la société, il s'opère à leur profit une cession des droits de l'associé décédé. Mais cette cession ne devient définitive que par la décision des survivants, décision qui ne peut produire d'effet rétroactif, car elle constitue un élément essentiel de la cession : l'adhésion des cessionnaires, et non une simple modalité¹. Auparavant il n'y a qu'une promesse de cession, promesse subordonnée au prédécès du promettant, analogue à une promesse de vente. Or, la vente consécutive à une promesse de vente ne se forme que le jour où le bénéficiaire demande l'exécution de la promesse². Ainsi les associés survivants savent parfaitement la valeur des droits sociaux de leur co-associé décédé au moment où ils manifestent la volonté de les acquérir et où ils les acquièrent effectivement ; ils sont à même de comparer cette valeur à la somme qu'ils devront déboursier en contrepartie ; s'ils se déclarent cessionnaires, c'est librement, en toute connaissance de cause et sans courir aucun risque, qu'ils le font. Au cas où l'opération leur aurait paru désavantageuse, ils auraient eu la faculté et n'auraient pas manqué de se prononcer pour la dissolution et le partage de l'actif social d'après sa valeur réelle. Dès lors ils ne peuvent invoquer l'article 889 ; l'action en rescision pour lésion de plus du quart compétente contre eux aux représentants de l'associé décédé, conformément à l'article 888, comme elle compétente contre le cessionnaire de droits successifs qui connaissait lors de la cession les forces actives et passives de la succession³.

144. On peut encore arguer en ce sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation, d'après laquelle la lésion, en cas de promesse de vente, doit être appréciée au moment de la réalisation de la vente et non au moment de la promesse⁴. S'agissant d'une promesse de cession de droits sociaux, il y a même

1. Trib. Civ. Seine, 23 janvier 1891, S. 1892, II, 323.

2. PLANIOL, II, n° 1405.

3. Cass. Req., 16 mars 1897, *précité*.

4. Cass. Civ., 14 novembre 1916, S. 1920, I, 365, D. P. 1921, I, 34 ; Req., 1^{er} août 1924, S. 1926, I, 54, D. P. 1925, I, 23 ; Civ., 19 avril 1926, S. 1926, I, 128.

raison de décider que la lésion doit s'apprécier au moment de la réalisation de la cession et non au moment de la promesse. Cette solution doit être basée d'ailleurs non sur l'article 1675 comme en matière de promesse de vente, mais sur l'article 890 aux termes duquel « pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage ». La cession équivalant à partage ne s'opère qu'au moment de l'option. — Qu'on n'objecte pas que la promesse de cession de droits sociaux dont s'agit a en elle-même un caractère aléatoire ; la Cour de Cassation répond, à propos de la promesse de vente, « que les accords des parties n'auraient pu être considérés comme aléatoires que s'il avait été admis que la vente avait été parfaite dès 1912 (époque de la promesse de vente) » ; l'arrêt attaqué décidait, au contraire, que la convention primitive n'était qu'une promesse unilatérale de vente qui n'était devenue vente que par l'acceptation ultérieure, ce qui impliquait nécessairement qu'à cette date les effets de la vente ne dépendaient plus d'aucun événement incertain¹. Ce raisonnement s'applique exactement à la clause que nous envisageons ici².

145. Cependant, n'y a-t-il pas entre la promesse de vente et cette clause une différence d'où découle précisément le caractère aléatoire de cette dernière ? Le bénéficiaire de la promesse de vente est déterminé dès le jour où elle est conclue. Au contraire, on ignore qui sera appelé à exercer le droit d'option établi par la clause du pacte social, à qui par conséquent profitera cette clause ; les chances de gain ou de perte en résultant demeurent incertaines pour chacun des associés, attendu qu'ils sont dans l'impossibilité de prévoir lequel d'entre eux décèdera le premier ; l'aléa d'une telle stipulation porte sur la personne du bénéficiaire³. — Ce raisonne-

1. Req., 1^{er} août 1924, *précité*.

2. ROUSSEAU, notes S. 1925, II, 72 et 1927, II, 22 ; DEMOGUE, *Rev. Tr. de Dr. Civ.*, 1926, p. 169 ; COHENDY, *La reprise facultative du fonds par l'associé survivant sur les bases du dernier inventaire et la rescision pour lésion*, *Rev. Soc.*, 1927, p. 380 et s. ; Paul ESMEÏN, *De quelques questions soulevées par les clauses de continuation des sociétés de personnes par suite du décès d'un associé, spécialement au cas de réserves occultes*, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1928, art. 21.582 ; *contra* : Trib. Com. Lyon, 13 août 1925, S. 1925, II, 73 ; Lyon, 25 novembre 1926, S. 1927, II, 21.

3. En ce sens, Trib. Com. Lyon, 13 août 1925, et Lyon, 25 novembre 1926, *précités*.

ment, selon nous, est spécieux. Il n'y a pas, en l'espèce, l'aléa qui caractérise les contrats aléatoires, d'après la définition du Code Civil. Sans doute, dans tout contrat aléatoire, la personne du bénéficiaire est incertaine, la chance de gain ou de perte étant pour chacune des parties (art. 1104). L'article 1964, qui déclare que cette chance peut être seulement pour l'une des parties ou plusieurs d'entre elles, commet une inexactitude ; « on ne comprendrait pas, en effet, font très justement remarquer MM. Aubry et Rau¹, qu'un contrat emportât pour l'une des parties une chance de perte ou de gain, sans emporter en même temps pour l'autre une chance inverse de gain ou de perte ». Mais l'avantage que recueille le bénéficiaire dépend uniquement d'un événement incertain (art. 1104 et 1964 C. Civ.), il ne peut dépendre en aucune manière de sa volonté. Tel est le cas, lorsque la clause de continuation entre les survivants est obligatoire. Au contraire, lorsque la clause est facultative, l'avantage obtenu dépend d'un acte de volonté du bénéficiaire. — D'autre part, ce n'est pas la clause du pacte social qui est attaquée pour cause de lésion ; elle ne pourrait l'être d'ailleurs, car elle ne rentre ni dans l'une ni dans l'autre des deux catégories d'actes sujettes à rescision ; c'est la cession des droits sociaux du prédécédé aux survivants qu'il s'agit de rescinder. Pour apprécier si cet acte a ou non un caractère aléatoire, c'est au moment où il se forme définitivement qu'il faut se placer. Or, ladite cession, nous l'avons vu, ne devient parfaite que par l'option des survivants ; il est évident qu'à cette époque ceux-ci ne sont exposés à aucun aléa. Il faudrait donc admettre, pour écarter l'action en rescision, que la clause du pacte social contient implicitement une renonciation anticipée à cette action. Pareille renonciation, que la loi déclare expressément nulle pour la vente (art. 1674 C. Civ.), doit être nulle *a fortiori* en ce qui concerne le partage dont la réglementation est dominée par l'idée d'égalité entre les co-partageants². — Au surplus, il est peu probable que les associés aient eu, ou du moins on ne saurait leur prêter l'intention de conférer, en insérant la clause en question dans le pacte social, à ceux d'entre eux qui survivraient, la faculté de léser délibérément

1. IV, § 341, note 4 ; V. aussi PLANIOL, II, n° 957.

2. Cass. Civ. 2 juin 1897, S. 1897, I, 448, D. P. 1897, I, 384.

les héritiers du prédécédé. Peut-être, répliquera-t-on, ont-ils voulu réaliser une donation indirecte au profit des survivants ; cela n'est pas à présumer ; on ne pourrait l'admettre qu'en présence d'indices certains¹.

146. Nous pensons donc qu'en cas de lésion de plus du quart, le conjoint survivant, de même que les héritiers de l'associé décédé, dont la part sociale était tombée en communauté, pourront faire rescinder la cession des droits du *de cujus* opérée au profit des associés survivants, en vertu de l'option exercée par eux, conformément aux statuts, contre paiement de la valeur de ces droits d'après le dernier inventaire social. Les défendeurs auront, jusqu'au jour où le jugement sera devenu définitif, la faculté d'empêcher la rescision en fournissant aux demandeurs le supplément de la valeur réelle (art. 891) ; sinon, il y aura lieu de procéder au partage de la société. Les associés survivants resteront donc maîtres de décider la continuation ou la dissolution de la société.

147. C. Nous arrivons à présent au cas où *l'époux associé survit à la dissolution de la communauté* ; c'est ce qui se produit, lorsque la communauté se dissout par le décès de son conjoint, par le divorce, par la séparation de corps, ou par la séparation de biens judiciaire.

148. I. Observons tout de suite que, le conjoint n'étant pas associé, son décès, qui provoque la dissolution de la communauté, ne peut entraîner en même temps celle de la société². D'autre part, le conjoint ne peut pas plus acquérir la qualité d'associé à la dissolution de la communauté, qu'il ne l'a pu pendant sa durée. On peut se demander, toutefois, s'il n'en serait pas autrement dans l'hypothèse où le mari et la femme ont concouru à l'acte de société : la communauté, dit-on, alors est associée ; celle-ci ayant pris fin, les deux époux se trouvent avoir des droits égaux dans la société ; la qualité d'associé, qui était concentrée sur la tête de la communauté, si l'on peut dire, se divise entre les deux époux. Ce raisonnement, remarquons-le, ne peut valoir, lorsque la communauté se dissout par le décès d'un époux et que le pacte social ne

1. Conf. ROUSSEAU, DEMOGUE, COHENDY, ESMEIN, *op. et loc. cit.*

1. Trib. de Charleroi, 19 février 1871, *Jurisp. du Port d'Anvers*, 1873, II, 135.

prévoit pas la continuation avec les héritiers d'un associé décédé ; il ne peut valoir davantage, lorsque la communauté se dissout par la séparation de corps ou la séparation de biens, car, d'après la jurisprudence, la prohibition des sociétés entre époux concerne aussi bien les époux séparés de biens que les époux communs en biens ; il ne peut donc s'appliquer qu'au cas où la communauté se dissout par le divorce. Encore que l'on voit des époux divorcés former entre eux une société, il serait singulier que les ex-époux deviennent associés du fait même de leur divorce. — On pourrait soutenir, à l'inverse, que, l'associé étant la communauté, sa dissolution est assimilable au décès d'un associé ; les ex-époux ni leurs représentants ne sont aptes à porter un titre qui était personnel à la communauté ; la société se trouve donc dissoute. Ce raisonnement doit être rejeté, parce que, d'une part, il implique la personnalité morale de la communauté, et que, d'autre part, il aboutit à un résultat vraisemblablement non conforme à l'intention des parties. — En réalité, c'est la personne d'un seul époux, le mari, que considèrent les autres associés ; c'est sur sa tête que se fixe la qualité d'associé ; l'autre époux, la femme, ne participe à cette qualité, comme il ne participe à l'acte de société, qu'en tant que commun en biens ; la communauté dissoute, il n'a aucun titre propre à faire valoir vis-à-vis de la société. Il faut réserver toutefois le cas où il aurait été stipulé, au profit de la femme intervenante au pacte social, que la société, si le mari précédait, se continuerait entre les associés survivants et elle.

149. Ainsi, sauf en cette dernière hypothèse, le conjoint ne devient pas associé à la dissolution de la communauté, son décès ne produit pas la dissolution de la société, l'époux associé survivant reste donc seul associé. Quels sont alors les droits du conjoint ou de ses héritiers ? Si on le considère comme croupier pendant la durée de la communauté, logiquement on doit décider qu'il conserve cette qualité après sa dissolution, ou qu'il la transmet à ses héritiers. C'est même à partir de ce moment seulement qu'il peut devenir vraiment croupier et exercer tous les droits attachés à cette situation sans être entravé par les règles de la communauté. Il aura droit, de même que ses héritiers, de demander à l'ex-époux associé de lui verser la moitié des bénéfices que celui-ci touchera, sauf aux héritiers à souffrir l'application de l'article 767

C. Civ. Il aura droit, ainsi que ses héritiers, à la dissolution de la société, à la moitié de la part d'actif social qui reviendra à l'ex-époux associé. Mais il ne pourra, pas plus que ses héritiers, bien que la communauté soit dissoute, contraindre l'ex-époux associé à lui payer la moitié de la valeur de la part sociale de ce dernier, tant que la société ne sera pas elle-même dissoute. A l'inverse, l'ex-époux associé ne pourra contraindre son ex-conjoint ni les héritiers de celui-ci à recevoir la moitié de la valeur de sa part sociale, afin d'être libéré de leur participation aux bénéfices ultérieurs et de leur concours au partage du fonds social à la dissolution de la société. Qu'on n'objecte pas que ces solutions seraient contraires au principe formulé en l'article 815 C. Civ., d'après lequel nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Il n'y a pas indivision entre le croupier et l'associé ; celui-là est créancier de la moitié des émoluments que celui-ci retirera de la société. — Mais, s'il n'y a pas indivision, il y a société entre le croupier et l'associé, et voilà précisément l'écueil auquel se heurte, selon nous, l'opinion que nous venons d'exposer. Deux ou plusieurs personnes ne peuvent être associées sans leur consentement ; on ne saurait imposer à l'ex-époux associé d'avoir son ex-conjoint ou les héritiers de celui-ci comme croupiers, ni à ces derniers d'être les croupiers de l'ex-époux associé. — Mais, dira-t-on, c'est là une conséquence du régime de la communauté, conséquence que les époux ont voulue ou qu'ils ont acceptée au moins implicitement en adoptant librement ce régime. Ils ont donc bien adhéré à la convention de croupier, à la sous-association que l'on prétend s'être formée entre eux. — Cette argumentation s'écroule, si, les époux étant mariés sans contrat, on pense qu'ils sont soumis impérativement à la communauté légale. Et nous estimons que le régime de la communauté, résulte-t-il d'une convention expresse ou tacite, ou soit-il imposé par la loi, ne comporte pas la portée qui lui est attribuée dans ladite argumentation. Il établit entre les époux une sorte de société de biens, à laquelle mettent fin des événements déterminés ; après, il ne reste plus qu'une masse indivise qui doit être partagée. Ainsi, l'on peut dire que la part d'intérêt devenue commune est l'objet d'une espèce de sous-association entre les époux, comparable en une certaine mesure à celle qui résulte de la convention de croupier, mais gouvernée par des règles propres, les règles de la communauté ; elle cesse donc à la dissolution

de la communauté. Il ne peut se former alors *ipso facto* une convention de croupier entre les ayants-droit à la communauté. Cette convention n'est pas impliquée par l'adoption du régime de la communauté. Il ne peut dériver de là, quant à la part d'intérêt comme quant à un bien quelconque, d'autre association que la communauté elle-même. Il n'est certainement pas dans l'esprit de la loi ni dans la pensée des époux, que la mise en communauté d'une part d'intérêt oblige ceux-ci à rester associés relativement à cette part après la dissolution de la communauté. Et même, une telle association entre époux séparés de corps ou judiciairement séparés de biens ne tomberait-elle pas sous le coup de la prohibition des sociétés entre époux ? Au reste, la Cour de Paris, tout en déclarant que la femme divorcée devait être considérée comme croupière de son ex-mari relativement à la part de commandite acquise par celui-ci pendant le mariage et tombée dans la communauté, n'a pas admis qu'elle fût obligée d'attendre l'expiration de la société pour se faire payer par son mari la moitié de la valeur de cette part¹. Le Tribunal de la Seine avait statué en sens contraire. Il avait été plus logique, car, du moment que l'on reconnaît à l'ex-conjoint de l'associé la qualité de croupier, il faut le traiter comme croupier jusqu'au bout. A la vérité, tant que la communauté n'est pas partagée, cet ex-conjoint est vis-à-vis de la société dans une situation analogue à celle d'un croupier ; mais les rapports des ex-époux entre eux quant à la part sociale sont dominés par les règles de la communauté dissoute et non par celles de la convention de croupier. Mieux vaut donc ne pas qualifier de croupier l'ex-conjoint de l'associé, ce qui incline à l'assimiler entièrement à un croupier et à méconnaître de la sorte sa situation réelle.

150. Ainsi le partage de la part d'intérêt ou de la part dans une société à responsabilité limitée ne peut s'effectuer immédiatement en nature, puisque le conjoint de l'associé ni ses héritiers ne peuvent devenir associés ; il ne doit pas non plus être reculé jusqu'à la dissolution de la société, puisque le conjoint ni ses héritiers ne peuvent être contraints par l'associé à demeurer croupiers ni contraindre ce dernier à

¹ 1. Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161.

les accepter comme tels. D'après l'article 827 C. Civ., si les immeubles sont impartageables en nature, il y a lieu de les liciter. Cette règle doit être étendue aux meubles corporels et incorporels, impartageables en nature, bien que l'article 826 ne prévoit la vente des meubles que s'il y a des créanciers saisissants ou opposants, ou si la majorité des cohéritiers la jugent nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession¹. Mais la licitation de la part d'intérêt n'est pas davantage possible que le partage en nature. Le tiers acquéreur ne pourrait prendre la place de l'époux associé dans la société. Il pourrait seulement être son croupier². Nous n'avons pas pensé que la mise en communauté d'une part d'intérêt entraînât l'obligation pour l'époux associé d'avoir son conjoint ou les héritiers de celui-ci comme croupiers après la dissolution de la communauté ; elle entraîne encore moins, pensons-nous, l'obligation pour lui d'avoir un tiers comme croupier, d'autant qu'à ce tiers il devrait donner tous les émoluments de sa part sociale. Il pourra, dira-t-on, se porter adjudicataire ; mais il n'est pas sûr de le rester. On objectera aussi que seul le titre d'associé de l'époux a été exclu de la communauté et que l'émolument de sa part d'intérêt y est tombé ; peu importe que cet émolument soit adjugé à un tiers pour le compte de la communauté, du moment que l'époux conservera son titre. Mais l'émolument et le titre de la part d'intérêt ne sont pas deux éléments absolument indépendants l'un de l'autre ; ils sont normalement destinés à appartenir à la même personne ; le premier est la raison d'être du second, ainsi qu'il résulte de la définition même de la société de gains. L'entrée en communauté de l'émolument et non du titre n'a pas créé une véritable séparation entre ces deux éléments, étant donné les liens étroits qui unissent les époux quant aux biens sous ce régime. Ces liens rompus, il est naturel que l'époux associé reprenne avec son titre l'émolument y attaché. Certes, la communauté a acquis un droit sur cet émolument ; il ne peut être question de le lui enlever ; l'époux associé sera tenu de mettre dans la masse commune à partager la valeur de sa part d'intérêt. Ainsi tous les intérêts seront sauvegardés.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 519, p. 272 ; cf. art. 1686 C. Civ.

2. AUBRY et RAU, VI, § 382, texte et note 3.

151. L'époux associé aura donc une situation semblable à celle du mari officier ministériel, à qui l'on reconnaît le droit de conserver son office, à la dissolution de la communauté, à la charge d'en verser la valeur dans la masse commune. Les deux cas appellent, en effet, la même solution ; dans l'un et l'autre on est en présence d'un titre personnel à un époux, duquel dépend une valeur pécuniaire. Nous avons dit que le caractère personnel du titre ne faisait pas obstacle à l'entrée en communauté de la valeur pécuniaire ; il est de nature cependant à exercer une influence sur la manière dont la communauté, ou plus précisément le conjoint du titulaire ou ses héritiers, seront, à la dissolution de la communauté, remplis de leurs droits sur cette valeur. Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de Cassation a décidé que l'époux, qui muni du diplôme prescrivait exploitait un fonds d'herboriste tombé dans la communauté, ne pouvait, à la dissolution de celle-ci, se faire attribuer ledit fonds en en payant le prix à la communauté¹. N'y a-t-il pas lieu d'assimiler le titulaire d'une part d'intérêt à l'herboriste plutôt qu'à l'officier ministériel ? Il est permis, d'abord, de trouver regrettable la solution de la Cour de Cassation relativement à l'herboriste². Et il faut reconnaître, d'autre part, que le caractère personnel du diplôme de l'herboriste commande moins impérieusement l'attribution du fonds au titulaire, que le caractère personnel de l'intérêt commande son attribution à l'associé. La licitation du fonds n'empêche pas, en effet, l'herboriste de conserver son diplôme et de l'utiliser pécuniairement en achetant un autre fonds d'herboristerie qu'il exploitera librement. Au contraire, la licitation de la part d'intérêt en laissant à l'associé son titre sans émolument lui rend la possession de ce titre désormais inutile.

152. II. L'époux associé pourra donc garder sa part d'intérêt sauf à tenir compte de la valeur de celle-ci à la communauté dissoute³. A quelle époque cette valeur devra-t-elle

1. Cass. Req., 8 novembre 1922, S. 1924, I, 313 et la note de M. E.-H. PERREAU.

2. Note précitée de M. E.-H. PERREAU.

3. Trib. Civ. Seine, 24 mai 1909, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1910, art. 16648 ; Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161 et la note de M. CAPITANT, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1928, art. 21621.

être appréciée ? Lors de la dissolution ou lors du partage de la communauté ? Les bénéfices produits par cette part dans l'intervalle entre la dissolution et le partage devront-ils être portés dans la masse commune ?

153. D'après la pratique notariale suivie en matière de partage de successions¹, et généralement approuvée par la doctrine et la jurisprudence², on se place au moment du partage, et non au moment de l'ouverture de la succession pour estimer les biens à partager. Cette pratique repose sur des motifs de droit et d'équité. Il est juste et équitable que les fluctuations de valeur qui surviennent pendant l'indivision profitent ou nuisent à tous les indivisaires. L'article 883 C. Civ. ne saurait être invoqué en sens contraire. Qu'on lui reconnaisse une portée relative ou absolue, il ne peut jouer qu'après la formation des lots. Or, l'estimation précède nécessairement l'allotissement. Ne serait-il pas irrationnel, au surplus, de condamner, au nom de l'article 883, qui est fondé sur le principe de l'égalité entre les co-partageants, un usage inspiré du même principe ? D'ailleurs l'évaluation de la masse partageable au jour du partage est impliquée par l'article 890 C. Civ., d'après lequel « pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage ». Un partage effectué d'après évaluation au jour du décès risquerait donc d'être rescindé.

La pratique suivie en matière de partage de succession l'est également en matière de partage de communauté. Cela est conforme à l'article 1476 C. Civ. Un arrêt de la Chambre des Requêtes³, il est vrai, a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Besançon qui avait déclaré nul le travail de liquidation du notaire, en tant qu'il n'avait pas arrêté la liquidation de la communauté à sa dissolution, et avait ordonné l'établissement du bilan actif et passif de la dite

1. DEFRENOIS, *Tr. prat. et form. gén. du Notar.*, II, n° 3063, et *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1928, art. 21623, III.

2. DEMOLOMBE, *Successions*, III, n° 847 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n° 2451 ; ROUSSEAU, note S. 1924, II, 33 ; CAPITANT, note D. P. 1927, II, 161, III ; Paris, 1^{er} décembre 1892, D. P. 1894, II, 155 ; Douai, 8 mai 1895, sous. Cass. Req., 3 mai 1897, S. 1897, I, 489 ; Lyon, 2 avril 1925, S. 1925, II, 54 ; Paris, 27 juin 1927, D. P. 1927, II, 161 ; *contra* : Trib. Civ. Seine, 17 novembre 1923, S. 1924, II, 33.

3. Req., 8 juin 1868, S. 1868, I, 359, *J. Pal.* 1868, 930.

communauté à cette date. Mais cette décision avait pour but la rectification d'une erreur certaine du notaire liquidateur, d'où résultait une lésion pour l'un des intéressés. Il avait attribué aux ayants-droits des intérêts à 5 0/0, à compter du jour de la dissolution de la communauté, du prix d'immeubles communs vendus vingt-sept ans après cette dissolution, bien que ce prix fût vraisemblablement supérieur à la valeur des immeubles lors de la dissolution. Il est certain que depuis cette époque jusqu'au jour de la vente, ces immeubles n'avaient produit que des fruits en nature, et non des intérêts de capitaux. La Chambre des Requêtes déclare, d'ailleurs, qu'il ne s'agissait pas, dans la cause, de la question de savoir si lesdits immeubles devaient être estimés selon leur valeur au jour de l'ouverture de la succession (la communauté avait été dissoute par le décès du mari) ou selon leur valeur au jour de l'expertise mentionnée dans l'article 824 C. Civ. Elle déclare, en outre, que la pratique notariale, qui arrête les comptes au jour de la liquidation et non au jour de la dissolution de la communauté, peut être acceptée sans inconvénient, à la condition de ne pas prolonger par une fiction illégale la durée de la communauté au préjudice de l'un des intéressés. — Un arrêt de la Chambre Criminelle semble au contraire plus défavorable à la pratique notariale¹. Il proclame que, pour déterminer l'importance du mobilier de la communauté, il faut se reporter non au jour de la vente, mais au moment de la dissolution de la communauté ; néanmoins il admet qu'à raison des circonstances particulières de la cause, où se rencontraient le dol et la fraude, l'évaluation ait dû se faire au moyen de simples présomptions, et que, dès lors, la valeur du mobilier commun ait pu être fixée d'après l'estimation qu'en avait faite le mari survivant avant la vente, lors de son second mariage, bien qu'il fût survenu plusieurs années après la dissolution de la communauté. Nous pensons que cette décision se justifie surtout par des considérations de fait. Le mari survivant avait, dans son contrat de mariage avec sa seconde épouse, estimé à 50.000 francs le mobilier qu'il apportait. Puis deux ans après il était décédé et la vente de son mobilier n'avait produit que 5.000 francs. Il était juste que la somme de 50.000 francs et non celle de 5.000 francs fût prise pour valeur du mobilier

1. Cass. Cr., 16 novembre 1893, S. 1896, I, 478.

dépendant de la première communauté, car c'était la seconde épouse survivante, qui se trouvait tenue de payer la moitié de la valeur de ce mobilier aux représentants de la première épouse décédée, et qu'elle avait été reconnue coupable envers eux de dol et de fraude. Au reste, la Chambre Criminelle dit : « pour déterminer l'importance — et non : pour déterminer la valeur — du mobilier de la communauté, il faut se reporter... au moment de la dissolution de la communauté ». Le mot « importance » peut signifier aussi bien consistance que valeur. Il n'est pas douteux que la consistance du mobilier commun doive être recherchée à l'époque de la dissolution de la communauté. Or, en effet, la différence entre l'estimation du mobilier faite par le mari survivant lors de son second mariage et le produit de la vente ultérieure provenait très vraisemblablement d'une différence de consistance plutôt que d'une différence de valeur marchande. Les juges du fait ont présumé justement, en l'absence d'inventaire, que l'estimation du mari représentait plus sûrement que le produit de la vente la valeur du mobilier tel qu'il se composait à la dissolution de la première communauté. — Quoiqu'il en soit, c'est avec raison, croyons-nous, que la pratique se place au jour du partage pour estimer les biens communs à partager.

154. Il y a lieu, d'autre part, d'ajouter à la masse partageable les fruits produits par les biens communs depuis le jour de la dissolution de la communauté¹. Ce n'est pas prolonger la communauté ; c'est appliquer au partage de la communauté, conformément à l'article 1476 C. Civ., l'adage *fructus augent hereditatem*.

155. Toutefois, ces deux règles — évaluation au jour du partage, addition à la masse partageable des fruits produits depuis la dissolution de la communauté — souffrent exception en ce qui concerne les offices ministériels dont la finance est tombée dans l'actif commun. Le mari, qui opte pour la conservation de son office, doit compte à la masse commune de la valeur de cet office à l'époque de la dissolution de la communauté. Il profite de l'intégralité des bénéfices qu'il

1. AUBRY et RAU, VIII, § 519, texte et note 3 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1326 ; PLANIOL, III, n° 1300 ; Cass. Civ. 20 juillet 1858, S. 1858, I, 748, *J. Pal.* 1859, 370, D. P. 1858, I, 414 ; 28 avril 1884, S. 1886, I, 294, *J. Pal.* 1886, 714, D. P. 1884, I, 329 ; 23 mai 1905, S. 1906, I, 177, D. P. 1906, I, 369.

réalise ultérieurement. Il n'est tenu envers la communauté que des intérêts, depuis la dissolution de celle-ci, de la valeur de l'office (art. 1473 C. Civ.)¹.

Ne faut-il pas traiter comme l'officier ministériel l'époux associé qui conserve sa part d'intérêt après la dissolution de la communauté ? Ne doit-il pas, en conséquence, tenir compte à la masse commune de la valeur de sa part au jour, non du partage, mais de la dissolution de la communauté, et des intérêts depuis cette époque, gardant pour lui tous les bénéfices acquis ultérieurement. On peut faire valoir les arguments suivants en faveur de l'affirmative. L'époux associé et le mari officier ministériel ont une situation analogue à l'égard de la communauté : leur titre leur reste propre, l'émolument y attaché devient commun. Et certes, la mise en communauté de la part d'intérêt ne saurait être prolongée au delà de la dissolution de la communauté. Cette mise en communauté rend la communauté créancière de l'émolument de la part d'intérêt ; c'est à la dissolution de la communauté que le montant de cette créance est définitivement fixé.

156. Ces arguments, selon nous, doivent être repoussés. Si le mari doit la valeur de l'office au jour de la dissolution de la communauté et non au jour du partage, cela tient au régime spécial des offices. Ceux-ci ne peuvent être l'objet ni d'une société ni d'une indivision entre le titulaire et des tiers². Exception, toutefois, est faite pour la communauté conjugale en raison de sa nature et de sa fonction particulières³. Mais la communauté, à sa dissolution, fait place à un état d'indivision ordinaire ; l'office ne peut alors devenir indivis entre les ayants-droit à la communauté. Le mari le reprend donc ; seulement, comme la finance de l'office est demeurée dans la communauté jusqu'à sa dissolution, il doit la moitié de sa valeur à cette époque à la femme ou aux héritiers de celle-ci⁴. — Au contraire, la part d'intérêt peut être

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 12 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n° 379 ; DALL., *Jur. Gén.*, Sup. V° *Cont. de Mar.*, n° 196 ; Cass. Req., 6 janvier 1880, S. 1881, I, 49, *J. Pal.* 1881, 113, et la note de M. LABBÉ.

2. AUBRY et RAU, IV, § 344, note 9, VI, § 378, notes 4 et 5 ; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 567 ; LABBÉ, note S. 1881, I, 49, *J. Pal.* 1881, 113.

3. LABBÉ, note précitée.

4. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 12 ; LABBÉ, note précitée.

l'objet d'une association (convention de croupier), et *a fortiori* d'une indivision. Aucun obstacle tenant à sa nature juridique n'empêche de participer à ses émoluments le conjoint de l'associé ou les héritiers de ce conjoint, après la dissolution de la communauté. Qu'à cette époque ait pris fin l'espèce de société qui est résultée entre les époux relativement à la part d'intérêt de sa mise en communauté, il en découle que cette part, comme tous les autres biens communs, devient indivise entre les ayants-droit à la communauté et que ces derniers peuvent faire cesser à tout moment cette indivision.

Mais, dit-on, le droit de la communauté sur la part d'intérêt n'est qu'un droit de créance sur ses émoluments ; ce droit de créance a été définitivement fixé dans son quantum à la dissolution de la communauté ; admettre qu'il ait pu varier ultérieurement serait prolonger la communauté après sa dissolution. — Cette manière de voir est, selon nous, inexacte. Ce qui tombe dans la communauté, ce sont les émoluments eux-mêmes de la part d'intérêt, c'est le capital productif de revenus qu'elle constitue, c'est le droit de créance ou le droit indivis lui-même de l'époux associé sur le fonds social, suivant que la société est ou non une personne morale, et son droit de créance sur les bénéfices¹. L'époux associé fait valoir ces droits pour le compte de la communauté. Il perçoit pour le compte de celle-ci sa part de bénéfices. Si la société vient à se dissoudre pendant la communauté, les biens attribués à l'époux associé deviennent communs *ipso facto*, de même que les biens attribués à l'époux héritier par le partage d'une succession à lui échue pendant la communauté². Après la dissolution de la communauté, jusqu'au partage, l'époux associé perçoit les dividendes afférents à sa part d'intérêt pour le compte de l'indivision, comme tout indivisaire qui est resté en possession d'une chose indivise doit compte à ses co-indivisaires des fruits qu'il a touchés³. Si la société se dis-

1. En ce sens : Trib. Civ. Lyon, 4 avril 1884, S. 1886, II, 23, J. Pal. 1886, 222, D. P. 1885, III, 71.

2. Cass. Civ., 12 février 1890, S. 1891, I, 230, J. Pal. 1891, 545, D. P. 1890, I, 204.

3. Dijon, 27 novembre 1893, S. 1895, II, 249 et la note de M. TISSIER, D. P. 1896, II, 218, sans pouvoir invoquer la prescription quinquennale de l'article 2277 C. Civ. (même arrêt).

sout avant le partage de la communauté, les biens attribués à l'époux associé deviennent indivis entre lui et les autres ayants-droit à la communauté, et doivent être compris dans le partage de la masse commune. Si la société existe toujours lors du partage de la communauté, la part d'intérêt, avons-nous dit, ne peut être ni partagée en nature ni licitée ; elle doit être attribuée en totalité à l'époux associé à la charge par celui-ci de payer la moitié de sa valeur à ses co-indivisaires. Il y a là une sorte de vente forcée à l'époux associé par ses co-indivisaires. C'est naturellement au jour du partage, ou de cette vente qui en tient lieu, qu'il faut se placer pour apprécier la valeur de la part d'intérêt, bien indivis¹. L'époux associé n'est donc pas débiteur d'une simple récompense envers la communauté en raison de la rétention, qu'il est en droit d'opérer, de sa part d'intérêt. S'il en était ainsi, cette récompense devrait être calculée d'après la valeur de ladite part lors de la dissolution de la communauté² et emporterait intérêts de plein droit à partir de cette époque (art. 1473 C. Civ.). Au contraire, l'époux associé doit à ses co-indivisaires la moitié de la valeur de la part d'intérêt au jour du partage et la moitié des dividendes qu'elle a produits jusqu'à cette époque³.

157. Une réserve ne doit-elle pas, toutefois, être faite pour le cas où l'époux fournit son industrie à la société, et où il est gérant ? Sa part, dira-t-on, ne peut être considérée alors comme un capital productif de revenus. Elle est la rémunération de son travail. Or, les produits du travail des époux ne tombent dans la communauté qu'autant qu'ils sont réalisés pendant son cours. A la dissolution, chaque époux reprend la jouissance exclusive de son travail. La communauté ne peut donc avoir droit aux émoluments de la part d'intérêt que jusqu'à cette époque. Les bénéfices ou les pertes résultant des opérations ultérieures profitent ou nuisent à l'époux associé seul⁴. Un raisonnement analogue a été tenu

1. Paris, 27 juin 1927, D. P. 1927, II, 161 et la note de M. CAPITANT, III ; *Rép. gén. prat. du Notar.*, 1928, art. 21623.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 511 *bis*, texte et noté 5.

3. Cass. Civ., 11 mars 1891, D. P. 1891, I, 295.

4. En ce sens : Trib. Civ. Seine, 24 mai 1909, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1910, art. 16648.

en ce qui concerne l'époux qui a géré après la dissolution de la communauté le fonds de commerce commun. La Cour de Cassation ne l'a pas admis¹. Il y a même raison de le repousser en ce qui concerne la part d'intérêt de l'époux apporteur d'industrie ou gérant. Cette part, avec le droit qu'elle donne à une fraction du fonds social à la dissolution de la société, constitue vraiment un capital, un fonds producteur de ressources périodiques, capital, fonds, qui est entré dans la communauté. A la dissolution de celle-ci, il devient indivis entre les ayants-droit à la communauté. L'époux associé gère cette valeur commune pour le compte de l'indivision.

Il a droit, d'ailleurs, à la rémunération de son travail². La Cour de Cassation ne le dit pas, mais cela est juste. Ne l'admet-elle pas implicitement, en déclarant que les bénéfices réalisés depuis la dissolution de la communauté font partie de son actif ? Il n'y a bénéfices qu'après déduction des frais généraux ; le salaire du gérant ne doit-il pas être compris dans les frais généraux ? Si un traitement fixe a été stipulé au profit de l'époux par le pacte social, le traitement qu'il acquerra après la dissolution de la communauté lui restera donc entièrement propre ; il ne devra rapporter à la masse commune que les dividendes par lui touchés. De même, les tantièmes ou la part de bénéfices alloués à l'époux en qualité de membre du conseil d'administration d'une société anonyme lui appartiendront exclusivement, après la dissolution de la communauté, encore que ses actions soient communes ; seuls les dividendes afférents à ces actions, distribués après cette époque, devront être mis dans la masse partageable. Si l'époux associé ne recevait aucun traitement fixe, il faudrait lui permettre de retenir une certaine fraction à fixer des dividendes par lui touchés pendant l'indivision, à titre de rémunération de son travail.

D'autre part, la Cour de Cassation laisse intégralement au profit ou à la charge de l'époux les opérations toutes nouvelles, auxquelles il s'est livré pour son compte personnel, à

1. Cass. Civ., 28 avril 1884, S. 1886, I, 294, *J. Pal.* 1886, I, 714, D. P. 1884, I, 329 ; 23 mai 1905, S. 1906, I, 177 et la note de M. TISSIER, D. P. 1906, I, 369 et la note de M. BOUTAUD ; Req., 27 janvier 1926, S. 1926, I, 140, D. P. 1927, I, 169 et la note de M. NAST.

2. TISSIER, *note précitée*.

ses risques et périls, après la dissolution de la communauté, à la condition que ces opérations ne rentrent pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce, mais exigent une initiative, des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre¹. — Voici comment cette réserve nous paraît devoir s'adapter aux parts d'intérêt. S'agit-il d'une simple extension des opérations sociales rentrant dans l'objet de la société déterminé par les statuts, et n'impliquant pas par suite la création d'une société nouvelle, elle profite à l'indivision². S'agit-il, au contraire, d'opérations non prévues aux statuts et n'ayant pu être décidées que par l'unanimité des associés, il y a eu une modification au pacte social qui a entraîné la création d'une société nouvelle ; les droits de l'époux dans cette société nouvelle lui restent propres, mais il doit compte à l'indivision de la valeur de ses droits dans la société ancienne au jour de sa dissolution, et ayant employé à son profit personnel une valeur commune il en doit en outre les intérêts à partir de cette époque³.

158. III. Il nous reste plusieurs difficultés à examiner, provenant du caractère personnel de la part d'intérêt ou de certaines clauses du pacte social.

1^o Si la société se dissout avant le partage de la communauté, le conjoint de l'associé ou ses héritiers seront-ils en droit de concourir à la liquidation et au partage de l'actif social ? La jurisprudence leur refuse avec raison ce droit⁴. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la société forme ou non une personne morale. Dans le premier cas, la personnalité de la société continuant jusqu'à la fin de la liquidation, il est logique que le conjoint de l'associé ou ses héritiers ne puissent pas davantage s'immiscer dans la liquidation que dans l'administration de l'être social. Dans le second cas, nous admettons, sans doute, qu'ils ont un droit de copropriété sur le fonds social. Mais ce droit, ils l'avaient déjà

1. Cass. Civ., 28 avril 1884, 23 mai 1905 ; Req., 27 janvier 1926, *précités*.

2. Cf. Cass. Req., 23 juin 1924, S. 1926, I, 253.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 519, note 5 *in fine*.

4. Cass. Req., 13 novembre 1860, *J. Pal.* 1861, 941, D. P. 1861, I, 198 ; Rouen, 30 décembre 1878, D. P. 1880, II, 22 ; Paris, 18 mai 1888, D. P. 1889, II, 137 ; Trib. Com. Marseille, 19 novembre 1902, *J. Soc.* 1903, 332.

pendant la durée de la société, et cependant ils ne pouvaient s'ingérer dans les affaires sociales (art. 1861 C. Civ.). Ils ne peuvent pas davantage s'ingérer dans la liquidation, qui est la conséquence des opérations accomplies pendant la durée de la société. La liquidation s'effectuera donc conformément aux stipulations du pacte social. A défaut de clause la concernant, les associés, et eux seuls, nommeront l'un d'eux ou un tiers liquidateur, fixeront ses pouvoirs, ou concourront tous aux actes de la liquidation ou à ceux qui excéderont les pouvoirs du liquidateur. Le conjoint de l'associé ou ses héritiers ne pourront pas participer aux opérations de la liquidation ; ils y seront représentés par l'époux associé. Ils ne pourront notamment faire nommer un liquidateur par autorité de justice à la place de celui désigné amiablement par les associés¹, ni critiquer les actes d'aliénation de choses sociales accomplis par le liquidateur dans la limite de ses pouvoirs ou par tous les associés², non plus que la cession de ses droits sociaux consentie par l'époux associé à ses co-associés³. Les comptes arrêtés entre les associés leur seront opposables ; ils ne pourront que réclamer, comme les associés eux-mêmes, les redressements autorisés par l'article 541 C. Pr. Civ.⁴.

Est-ce à dire qu'ils ne pourront pas assister à la liquidation ni au partage de la société ? Appliquant, en vertu de l'article 1872 C. Civ., l'article 882 C. Civ., du moins dans sa première disposition, on permet aux créanciers personnels des associés d'intervenir au partage de la société⁵. Il faut reconnaître ce même droit au conjoint de l'associé ou à ses héritiers⁶. L'associé leur doit des comptes ; ils sont donc ses créanciers. D'autre part, ils pourraient attaquer le partage effectué en fraude de leurs droits, même s'ils ne s'étaient pas opposés à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence ; on s'accorde généralement, en effet, à ne pas étendre aux par-

1. Trib. Com. Marseille, 19 novembre 1902, *précité*.

2. Paris, 18 mai 1888, *précité*.

3. Rouen, 30 décembre 1878, *précité*.

4. Cass. Req., 13 novembre 1860, *précité*.

5. GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 350 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 417 ; THALLER et PIC, I, n° 683 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 242 ; WAHL, *Précis*, n° 1180 ; Cass. Civ., 18 juillet 1899, S. 1900, I, 27.

6. Note D. P. 1889, II, 137.

tages de sociétés la disposition finale contraire de l'article 882 C. Civ.¹. — Ils pourraient, en outre, en cas d'inaction de l'époux associé, provoquer la liquidation et le partage de la société de son chef, conformément à l'article 1166 C. Civ.².

159. 2^o Comment procédera-t-on à l'évaluation de la part sociale de l'époux associé lors du partage de la communauté ?

Il est bien certain que le conjoint ni ses héritiers ne pourront obtenir la communication des livres et registres de la société. L'article 14 C. Com. ne permet aux juges d'ordonner « la communication des livres et inventaires... que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite ». De ce que la loi vise uniquement le partage de société il faut déduire que la communication ne peut être ordonnée au cours de la société³. Et en mentionnant « les affaires de communauté » l'article 14 n'a certainement en vue que le cas où il s'agit d'un fonds de commerce qui n'est pas exploité en société mais par l'un des époux seul.

D'autre part, le croupier — et le conjoint de l'associé ou ses héritiers sont dans une situation analogue vis-à-vis de la société — ne peut demander communication des livres sociaux, à moins d'un concert frauduleux des associés dirigé contre lui⁴.

S'ensuit-il que le conjoint ou ses héritiers soient tenus de s'en rapporter aux comptes que leur présentera l'époux associé, s'ils ne peuvent prouver aucune fraude ? C'est ce qu'a admis un arrêt récent de la Cour de Caen⁵. D'après cet arrêt, les juges pourraient ordonner la représentation des livres de la société, conformément à l'article 15 C. Com., si la femme de l'associé apportait des éléments de nature à faire suspecter ou à rendre vraisemblable la fraude, mais ils ne devraient

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 418 ; GUILLOUARD, THALLER et PIC, HOUPIN et BOSVIEUX, *op. et loc. cit.* ; Cass. Civ., 17 novembre 1890, S. 1894, I, 399, Req., 28 mai 1895, S. 1895, I, 385, note de M. LYON-CAEN.

2. Note D. P. 1889, II, 137.

3. WAHL, *Précis*, n^o 441.

4. Cass. Civ., 8 juillet 1887, S. 1889, I, 252, *J. Pal.* 1889, 628 ; Paris, 7 décembre 1892, *Gaz. Pal.* 1893 (1^{er} sem.), II, 18 ; 14 janvier 1893, S. 1894, II, 269 ; AUBRY et RAU, VI, § 380, note 11 *bis* ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 271.

5. Caen, 13 novembre 1924, *Rec. des Arrêts de la Cour de Caen*, 1925-1926, p. 49.

pas l'ordonner, en l'absence de tels éléments, en vue de rechercher si un concert frauduleux ne s'était pas établi entre le mari et ses co-associés pour frustrer la femme de tout ou partie de ses droits, car la fraude ne se présume pas.

La Cour de Cassation se montre plus favorable à la femme divorcée de l'associé¹. Elle admet que pour évaluer la part d'intérêt du mari tombée en communauté les tribunaux commettent des experts qui auront droit de prendre communication des livres de la société. Cette mesure est nécessaire pour que la femme n'ait à craindre aucune fraude ni aucune dissimulation dans la fixation de ses droits. Elle n'entrave pas le fonctionnement de la société et n'est pas contraire à l'article 1861 C. Civ. ; la femme ne s'immisce pas ainsi dans l'administration ou la liquidation de la société.

Cette solution doit être approuvée² et appliquée au mari de la femme associée ou à ses héritiers aussi bien qu'à la femme de l'associé ou à ses héritiers. Qu'on n'objecte pas que le conjoint de l'associé ou ses héritiers ne doivent pas être mieux traités que des croupiers, à qui l'on refuse la communication des livres de la société. Si le croupier doit accepter les comptes que lui présente l'associé, c'est que ces comptes ont été arrêtés d'accord entre tous les associés et que dans leur établissement le croupier a été représenté par l'associé dont les intérêts sont alors les mêmes. Mais lorsqu'il s'agit d'évaluer ses droits sociaux en vue de la liquidation de la communauté, on ne saurait permettre à l'époux associé d'effectuer seul et sans contrôle cette évaluation ; ses intérêts sont évidemment opposés à ceux des autres ayants-droit à la communauté. Quand les co-partageants ne s'entendent pas sur la valeur d'un bien à partager, une expertise s'impose (art. 824 et 825 C. Civ.). Il n'y a pas lieu de soustraire l'estimation de la part sociale indivise à la règle de l'expertise. Celle-ci, tout en sauvegardant les droits des co-partageants, n'apporte aucune gêne sérieuse à la marche de la société. Il faut remarquer, d'ailleurs, qu'en l'occurrence le bilan annuel d'exploitation ne peut suffire, d'abord parce qu'il ne repré-

1. Cass. Req., 4 janvier 1926, D. H. 1926, 33, *Rev. Soc.* 1927, 49 ; cf. Req., 13 avril 1921, S. 1924, I, 305 et Paris, 27 juin 1927, D. P. 1927, II, 161.

2. Cf. NAST, *Rev. Crit.*, 1926, p. 595.

sente pas la situation de la société exactement au jour du partage, ensuite parce que ses évaluations sont généralement minorées. C'est donc un véritable bilan de liquidation qui doit être dressé¹.

Mais l'expertise judiciaire est le seul moyen auquel peuvent recourir le conjoint de l'associé ou ses héritiers. Ils ne pourraient demander que les livres de la société soient remis au notaire liquidateur. La société ne saurait être dessaisie de ses livres².

160. 3^o Les règles sus-énoncées ne le cèdent-elles pas devant une clause des statuts stipulant qu'en cas de retraite ou de décès d'un associé ses droits seraient déterminés d'après le dernier bilan approuvé par lui, qu'il n'aurait aucun droit sur l'achalandage du fonds de commerce ni sur les réserves, et interdisant à ses ayants-droit de faire inspecter ou déplacer aucun des livres, papiers ou autres objets de la société et de demander aucun compte de la situation financière de la société, le dernier bilan signé par leur auteur étant pour eux obligatoire ? N'y a-t-il pas lieu d'appliquer ces stipulations à l'évaluation de la part d'intérêt tombée dans la communauté ?

La jurisprudence se prononce pour la négative, lorsque du moins l'époux associé survit à la dissolution de la communauté (et telle est l'hypothèse que nous étudions présentement), car aucun des cas prévus par ladite clause ne se trouve réalisé³. On a critiqué cette interprétation stricte qui, a-t-on dit, est contraire à l'esprit des statuts et est susceptible de léser l'époux associé⁴. Que celui-ci vienne à se retirer ou à décéder au cours de la société, lui ou ses héritiers subiront l'effet de la clause, la somme qu'il obtiendra ou que ses héritiers obtiendront en représentation de ses droits ainsi fixés sera peut-être très inférieure à celle qu'il aura versée dans la communauté.

Nous approuvons, cependant, la solution de la jurispru-

1. Paris, 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161.

2. Lyon, 13 mai 1891, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1891, art. 6314.

3. Cass. Req., 13 avril 1921, S. 1924, I, 305, avec le rapport de M. le Conseiller TISSIER et la note de M. ROUSSEAU ; Paris, 27 juin 1927, D. P. 1927, II, 161, et la note de M. CAPITANT.

4. CAPITANT, note précitée.

dence. C'est, en effet, la part sociale tout entière de l'époux qui est entrée dans la communauté. Elle porte sur tous les éléments de l'actif social ; sa valeur doit, en principe, être calculée d'après la valeur réelle de ces divers éléments. Pour écarter ce principe, une clause expresse du pacte social serait nécessaire. La clause dont s'agit vise le cas de retraite ou de décès d'un associé. Or, la dissolution de la communauté, par hypothèse, ne s'est pas produite par le décès ni n'a provoqué la retraite d'un associé, puisque le conjoint de l'associé n'est pas devenu associé. Les co-associés de l'époux ni la société n'ont rien à déboursier ; cela nous montre que ladite clause ne doit pas jouer en l'occurrence, car elle a généralement pour but d'éviter aux co-associés du décédé ou du partant la gêne qui résulterait pour eux d'une trop grosse sortie de fonds. D'ailleurs, on serait embarrassé pour déterminer le bilan d'après lequel devrait être évaluée la part sociale. Serait-ce celui qui aurait précédé la dissolution de la communauté ou celui qui aurait précédé le partage ? Sans doute, si l'époux associé se retire ou décède postérieurement au partage de la communauté, il pourra se trouver lésé. Mais, dans le cas contraire, c'est la communauté qui se trouverait lésée. Il n'y a pas lieu de sacrifier plutôt cette dernière, contrairement au droit commun, auquel la clause en question n'a pas pour objet de la soustraire. — Cette clause ne fait donc pas obstacle à ce qu'une expertise soit ordonnée à l'effet d'établir la valeur réelle, au jour du partage, de la part d'intérêt tombée dans la communauté en tenant compte non seulement du compte courant dudit époux, mais de toutes les valeurs mobilières et immobilières, actions, parts d'intérêts, marchandises, créances, etc., constituant le patrimoine social¹.

1. Cass. Req., 13 avril 1921, Paris, 27 juin 1927, *précités*. Conf. rapport de M. le Conseiller TISSIER et note de M. ROUSSEAU, sous Req. 13 avril 1921, *précité* ; NAST, *Rev. Crit.*, 1926, p. 594 ; Paul ESMEIN, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1928, art. 21582, pp. 33-34.

DEUXIÈME PARTIE

Les Parts sociales sous le régime de la Communauté réduite aux Acquêts

161. Aux termes de l'article 1497 du Code Civil les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390 du Code Civil, et l'article 1497 énumère ensuite d'une manière non limitative les principales de ces modifications. Les unes restreignent, les autres étendent la composition de l'actif et du passif de la communauté. La plus usitée consiste dans la stipulation que la communauté sera réduite aux acquêts. Nous étudierons le sort de la part sociale sous ce seul régime de communauté conventionnelle, qui est le plus fréquemment adopté.

La communauté réduite aux acquêts se différencie de la communauté légale en ce qu'elle ne comprend pas les meubles possédés par les époux lors du mariage ni ceux à eux échus pendant le mariage à titre de succession, donation ou legs. Elle se compose donc uniquement des fruits et revenus des biens propres, des produits de l'industrie des époux, et des biens acquis à titre onéreux pendant son cours (art. 1498 C. Civ.).

Nous allons examiner d'abord les cas dans lesquels les parts sociales restent propres sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (titre I^{er}).

Nous déterminerons ensuite les produits des parts sociales propres qui entreront dans la communauté à titre de fruits ou revenus, et nous indiquerons les parts sociales qui deviendront communes pour le tout (titre II).

Puis, nous rechercherons quelles seront les conséquences de l'aliénation d'une part sociale propre ou de la dissolution et du partage de la société dans laquelle l'un des époux possédait une part sociale propre, lorsque cette aliénation ou cette dissolution et ce partage auront lieu pendant la communauté (titre III).

Nous établirons enfin les règles de preuve auxquelles seront astreints les époux pour justifier du caractère propre d'une part sociale (titre IV).

TITRE I^{er}

Application aux parts sociales des règles concernant la composition de l'actif propre

162. Nous répartirons les causes d'exclusion de communauté des parts sociales en deux groupes : les causes originaires et les causes dérivées. Nous rangerons parmi les causes originaires celles qui d'ordinaire sont expressément indiquées dans la clause du contrat de mariage portant réduction de la communauté aux acquêts : la possession lors du mariage, l'acquisition pendant la communauté à titre de succession, donation ou legs. Nous y joindrons les acquisitions faites dans les conditions des articles 1406 et 1408 C. Civ. ; nous nous demanderons si ces deux articles sont susceptibles de rendre propres les meubles, et notamment les parts sociales, aussi bien que les immeubles. Nous appellerons causes dérivées celles qui supposent l'existence antérieure d'un bien propre, qu'un bien nouveau vient accroître ou remplacer ; le bien nouveau devient propre par accroissement ou par subrogation.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES ORIGINAIRES DE PROPRES

SECTION I

Parts sociales possédées par les époux lors de leur mariage

163. Les parts sociales possédées par l'un ou l'autre époux au jour de la célébration du mariage lui resteront propres (art. 1498 C. Civ.).

164. Suffit-il, pour qu'une action soit exclue de la communauté, qu'elle ait été souscrite avant le mariage, bien que la société n'ait été définitivement constituée et l'action délivrée qu'après le mariage ? Suffit-il que l'ordre d'achat ait été donné avant le mariage, bien que l'action n'ait été livrée qu'après ?

Dans les deux cas, l'affirmative ne peut faire de doute, lorsque l'époux a déclaré au contrat de mariage se réserver propre l'action qu'il avait souscrite ou qu'il avait donné l'ordre d'acheter pour son compte.

Mais en doit-il être de même, abstraction faite de la question de preuve que nous examinerons ultérieurement, en l'absence de toute déclaration à ce sujet dans le contrat de mariage ?

165. Considérons d'abord le cas de souscription. La nature de la souscription n'influe-t-elle pas sur la solution ?

Voit-on dans la souscription un acte complexe : une déclaration unilatérale d'adhésion aux statuts par le souscripteur

et un contrat synallagmatique formé entre le souscripteur et les fondateurs¹, peu importe le moment où le contrat synallagmatique est conclu, il suffit de retenir que l'acte d'adhésion aux statuts est réalisé par la simple manifestation de volonté du souscripteur, par la signature qu'il appose sur le bulletin de souscription. L'acquisition par le souscripteur de la qualité d'associé pourra dépendre de l'acceptation des fondateurs, elle dépendra certainement de la constitution définitive de la société. Mais la société constituée, son existence dans le passé remontera à une date au moins contemporaine de la première souscription². L'entrée du souscripteur dans la société se placera donc au jour de sa souscription ou plus exactement de sa déclaration de souscription. C'est à ce jour que rétroagira son droit dans la société. Qu'il se marie ultérieurement sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, ce droit possédé par lui avant le mariage lui restera propre, et les actions qui lui seront délivrées en représentation de ce droit lui demeureront pareillement propres.

Si, au contraire, on ne voit dans la souscription qu'un contrat synallagmatique entre les fondateurs et le souscripteur, il semble que la solution de notre question dépende du moment où ce contrat sera parfait. D'après quelques auteurs³, le contrat de souscription est formé définitivement par la déclaration de volonté du souscripteur. L'appel au public lancé par les fondateurs est regardé, dans cette doctrine, comme une offre faite *personis incertis*. Cette offre acceptée par le souscripteur, le contrat de souscription est conclu. Il ne s'ensuit pas, d'ailleurs, que le souscripteur doive recevoir tout ou partie des actions par lui souscrites. Il devra subir une réduction proportionnelle, si le nombre des actions souscrites est supérieure à celui des actions à souscrire. Il ne recevra rien, si la tentative de constitution de la société échoue. Mais si elle réussit, c'est du jour de sa déclaration de sous-

1. LESCOT, *Essai sur la période constitutive des personnes morales*, thèse, Dijon, 1913, p. 135 et s., 200 et s.

2. LESCOT, *thèse précitée*, p. 67-68.

3. THALLER, n° 517 ; THALLER et PIC, n° 874 ; GOIFFON, *De la condition de la Société par actions pendant la période constitutive*, thèse, Paris, 1898, p. 102.

scription qu'il tiendra son droit sur les actions qui lui seront délivrées. Ces actions lui demeureront donc propres, s'il s'est marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts pendant l'intervalle entre la souscription et la délivrance, quand même lesdites actions auraient été libérées avec des fonds de la communauté, sauf bien entendu récompense¹.

Mais, d'après la majorité des auteurs et la jurisprudence², le contrat de souscription ne se forme définitivement que le jour où la souscription est acceptée par les fondateurs et même où cette acceptation est portée à la connaissance du souscripteur. Ce fait ne devra pas, d'ailleurs, être reculé jusqu'à la répartition des actions entre les souscripteurs faite par les fondateurs. Il pourra résulter d'une manifestation de volonté antérieure expresse ou tacite des fondateurs, telle que l'envoi de lettres et circulaires aux souscripteurs³. Dans cette doctrine, l'appel au public a le caractère d'une simple invitation à contracter, c'est seulement la déclaration de souscription qui constitue une offre, cette offre a besoin d'être acceptée par les fondateurs. Ceux-ci peuvent refuser la souscription, de même que le souscripteur peut la retirer jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée. Si le souscripteur se marie sous le régime de la communauté réduite aux acquêts dans l'intervalle entre la souscription et l'acceptation, il ne possédera donc encore aucun droit, même conditionnel, lors de son mariage, car l'acceptation ne rétroagira pas, et les actions qui lui seront attribuées par la suite entreront dans la communauté. Cependant, même dans cette conception de la souscription, le seul fait que le futur époux ait souscrit avant le mariage, combiné avec le fait de l'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, ne pourrait-il être interprété comme impliquant l'intention de cet époux de se réserver propres les actions qui lui seraient délivrées en conséquence de sa souscription ? Nous inclinerions à le penser.

1. MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse, Dijon, 1880, n° 30.

2. ROUSSEAU, I, n° 1656 ; ARTHUYS, I, n° 322 ; GOIRAND, nos 107 et 108 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, I, n° 316 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 656 ; Paris, 16 février 1850, D. P., 1850, II, 150 ; 22 janvier 1853, D. P., 1854, II, 258 ; 11 janvier 1854, S., 1854, II, 36 ; Trib. Com. Lille, 7 janvier 1896, *Rev. Soc.*, 1897, 463.

3. LESCOT, thèse précitée, p. 147.

La même solution devra être donnée en cas de souscription, antérieure au mariage, à des actions nouvelles émises lors d'une augmentation de capital.

166. Envisageons maintenant le cas d'achat d'actions par l'intermédiaire d'un agent de change ou d'un banquier. L'acheteur ne devient propriétaire des actions achetées pour son compte que par l'attribution qui lui en est faite sur les livres de l'agent de change ou du banquier ou par la mention de son nom attachée aux titres à lui destinés¹. S'il se marie sous le régime de la communauté réduite aux acquêts après l'ordre d'achat mais avant l'individualisation des titres, faisant l'objet de cet ordre, il faudra décider en stricte logique, semble-t-il, que ces titres tomberont dans la communauté. Nous estimons, cependant, comme au cas de souscription, que le seul fait de l'antériorité de l'ordre au mariage implique l'intention de l'époux de réserver propres les actions qu'il acquerra en exécution de cet ordre. Sans doute l'ordre n'est qu'un mandat, et, au cas où l'un des futurs époux aurait donné mandat à un tiers d'acheter pour lui un immeuble et où le mandataire passerait l'acte de vente après le mariage, nous déclarerions cet immeuble commun. Mais l'ordre de bourse se présente pratiquement sous un aspect bien différent d'un tel mandat. Il est le mode normal de l'achat d'actions tandis que l'achat d'un immeuble par mandataire n'est pas le mode normal de l'achat d'immeuble, et si, en ce dernier cas, la personnalité du mandant apparaît manifestement sous celle du mandataire, il n'en est pas de même au cas d'achat d'actions, où l'intermédiaire agit sans révéler la personnalité de son client. Nous assimilerions plutôt le donneur d'ordre à l'acheteur de choses de genre. Si ce dernier se marie après le contrat d'achat (à ce moment le vendeur lui-même peut n'être pas encore propriétaire des choses par lui vendues) et avant la livraison, les choses livrées n'en devront pas moins être exclues de la communauté, car elles forment l'objet d'une créance que l'acheteur possédait lors de son mariage et qui par suite lui est demeurée propre.

167. Les parts sociales, que l'un ou l'autre époux possédera ou que, conformément à ce que nous venons de dire, il sera réputé posséder lors de son mariage, constitueront des propres

1. LYON-CAEN et RENAULT, IV, n° 941.

mobiliers parfaits, c'est-à-dire que l'époux titulaire en conservera réellement la propriété ; à la dissolution de la communauté il les reprendra en nature ; autrement dit, elles ne tomberont pas en communauté, sauf à l'époux à exercer, à la dissolution, la reprise de leur valeur contre la communauté. La question de savoir si les meubles réalisés devenaient des propres parfaits ou imparfaits, question suscitée par un passage de Pothier, est depuis longtemps tranchée dans le premier sens. Les raisons que Pothier invoquait à l'appui de son opinion, à savoir le peu de valeur des meubles et leur caractère périssable, sont particulièrement incongrues en ce qui concerne les parts sociales.

Cependant il y a certains cas, dans lesquels les meubles réalisés tomberont dans la communauté, l'époux qui les aura apportés n'ayant le droit, à la dissolution de la communauté, que d'exercer la reprise de leur valeur. Il en est ainsi des meubles qui se consomment par le premier usage et de ceux qui sont destinés à être vendus. Tout le monde s'accorde sur ces deux cas de propres imparfaits. Mais il y en a un troisième au sujet duquel les avis sont divergents. C'est celui où les meubles ont été estimés dans le contrat de mariage : l'estimation vaut-elle vente ?

Examinons successivement ces trois cas au point de vue de leur application aux parts sociales.

168. — 1^o N'y a-t-il pas des parts sociales rentrant dans la première classe de propres imparfaits : les actions au porteur ? Ne sont-elles pas assimilables, en effet, à l'argent monnayé ou au billet de banque ? Ne sont-elles pas fongibles comme eux ? Ne circulent-elles pas avec la même facilité, ne peuvent-elles pas être remplacées aussi aisément ? Ne doivent-elles pas, en conséquence, entrer, comme eux, dans la communauté à charge seulement de récompense par celle-ci ? La Cour de Gand, devant laquelle cette thèse a été soutenue, l'a repoussée avec raison¹. L'exception au principe que l'époux conserve la propriété de ses meubles réalisés ne concerne que ceux dont l'usage entraîne nécessairement la consommation ou la disparition du patrimoine de leur propriétaire. Mais une chose peut être fongible sans être consomp-

1. Gand, 30 avril 1870, *Pasicr.*, 1870, II, 399. Il s'agissait, à la vérité, en l'espèce, d'obligations de chemin de fer au porteur, mais le raisonnement est le même pour les actions au porteur.

tible par le premier usage¹ : Il en est ainsi des actions au porteur. Leur fongibilité est d'ailleurs étroitement limitée ; elle est circonscrite dans le cadre de la société à laquelle elles se rapportent. Il existe un nombre déterminé, plus ou moins grand, d'actions au porteur d'une société donnée ; on ne peut en créer à volonté. Et encore faut-il pour pouvoir en acquérir trouver un porteur disposé à en céder. Cette fongibilité restreinte ne les empêche pas, au surplus, de conserver leur individualité. Elles portent toutes un numéro qui permettra de les identifier, de les reconnaître à la dissolution de la communauté, si elles existent encore. Et si l'on considère leur nature intrinsèque, on se rendra facilement compte qu'elles ne sont pas d'une nature différente de celle des actions nominatives par exemple : toutes sont des titres de créance contre une personne morale déterminée. On n'aurait pas idée de soutenir que les actions nominatives doivent entrer dans la communauté d'acquêts en raison de leur fongibilité. Et pourtant elles ne sont pas moins fongibles que les actions au porteur, nonobstant leur moins grande facilité de transmission. Celle-ci, quelle que soit son importance pratique, n'est, théoriquement, qu'un caractère secondaire, mais non une fin en soi. Les actions au porteur, comme toutes les parts sociales, ont pour fonction de procurer à leur propriétaire des avantages renouvelés pendant une période de temps souvent fort longue. Elles ne sont donc pas de ces choses dont on ne peut jouir qu'en en détruisant la substance ou en les faisant passer en d'autres mains. Ce n'est pas parce qu'elles sont aisément transmissibles qu'on doit céder les actions au porteur que l'on possède. Au surplus, ce ne sont pas seulement des avantages pécuniaires qu'elles dispensent : elles donnent accès aux assemblées, et par là font participer leur titulaire à la gestion et au contrôle des affaires sociales. Toutes ces considérations montrent combien ces valeurs sont différentes de l'argent monnayé ou des billets de banque.

1. La Cour de Gand ne paraît pas faire cette distinction entre les choses fongibles et les choses consomptibles par le premier usage. Pour décider que les obligations au porteur n'entrent pas en communauté, elle allègue que la qualification de choses fongibles n'a jamais été appliquée qu'aux choses corporelles, qu'elle doit, par conséquent, demeurer étrangère à des droits incorporels. La distinction que nous formulons nous paraît plus exacte.

Elles ne constituent pas comme eux des moyens de paiement ; telle n'est pas du moins leur fonction normale.

Ainsi donc, les actions au porteur que les époux posséderont au jour de leur mariage leur resteront entièrement propres, et ils pourront les reprendre en nature à la dissolution de la communauté, si elles existent encore¹.

169. — 2^o La deuxième catégorie de propres mobiliers imparfaits, ce sont les meubles destinés à être vendus. Y a-t-il des parts sociales destinées à être vendues ? Nous venons de dire que ce n'était pas leur destination naturelle. Il se peut cependant qu'une personne n'achète des actions que pour les revendre, dans un but de spéculation. Si c'est le mari qui possède lors de son mariage sous le régime de la communauté d'acquêts des actions achetées avec cette intention, il sera évidemment aussi libre de les revendre, qu'elles soient tombées dans la communauté d'acquêts ou qu'elles lui soient restées propres. Mais dans le premier cas, la récompense à laquelle il aura droit sera calculée sur la valeur de ses actions au jour du mariage ; dans le second, elle sera calculée sur leur valeur au jour de la vente. La différence peut être sensible. Si c'est la femme qui apporte en mariage des actions par elle achetées dans un but de spéculation, non seulement la reprise s'en effectuera différemment, mais encore le mari aura le pouvoir ou n'aura pas le pouvoir de vendre ces actions, suivant qu'on décidera qu'elles sont ou non entrées en communauté, la majorité de la doctrine et la jurisprudence refusant en effet au mari le pouvoir d'aliéner les meubles propres de sa femme.

Nous ne croyons pas que la seule intention de l'époux d'employer à la spéculation des actions qu'il posséderait lors de son mariage fasse tomber ces actions dans la communauté d'acquêts. Nous croyons qu'il faut pour cela que la volonté de l'époux soit clairement exprimée dans le contrat de mariage : elle résultera, par exemple, d'une estimation des actions avec stipulation que cette estimation vaudra vente à la communauté ; nous rentrons alors dans l'hypothèse de l'estimation des actions que nous allons examiner plus

1. En ce sens : LAURENT, XXIII, n^o 148 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n^o 1472 ; JULLIOT, *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts et conversions de titres nominatifs*, thèse, Paris, 1899, p. 107 à 109 ; Trib. Civ. Seine, 18 mai 1898, *Rev. Soc.*, 1899, 420.

loin. L'exception au principe qu'une chose possédée par un époux lors du mariage constitue un propre parfait ne concerne que les choses corporelles qui par leur nature et étant donné la profession de leur possesseur sont destinées à être vendues, qui ne peuvent procurer d'utilité que par la vente. Il n'en est pas ainsi des actions. Leur utilité ne réside pas uniquement dans le produit de leur vente ; elle réside d'abord en elles-mêmes pour tout possesseur quel qu'il soit. Notre solution prive sans doute la communauté de bénéfices éventuels, mais elle lui évite aussi des pertes, et elle échappe aux difficultés d'interprétation de l'intention de l'époux lors du mariage. Il s'agit là, en effet, d'un fait purement subjectif pour l'appréciation duquel on manquera d'éléments certains, tandis que la destination d'une chose corporelle à la vente se manifestera par des signes objectifs. Si l'opération a été bonne, l'époux prétendra qu'il a profité d'une occasion qu'il ne prévoyait pas lors du mariage, qu'il n'a jamais voulu transférer à la communauté la propriété de ses actions. Comment prouver son intention contraire ? Si, par contre, l'opération a été mauvaise, l'époux soutiendra qu'il avait voulu transférer ses actions à la communauté, que celle-ci doit donc supporter la perte résultant de la différence entre le cours au jour du mariage, par hypothèse le plus élevé, et le cours au jour de la vente. Pour éviter des discussions sur un terrain aussi peu solide, il est donc préférable de laisser à l'époux la propriété des actions qu'il possédait lors de son mariage, même s'il avait alors l'intention de les revendre, et lorsqu'il n'aura pas manifesté clairement sa volonté de les vendre à la communauté. Les fonds provenant de la vente tomberont d'ailleurs en communauté, et le mari pourra les employer à d'autres spéculations qui se réaliseront au profit ou à la charge de la communauté. Quant aux opérations à terme en cours lors du mariage, nous pensons que le gain ou la perte qui en résultera ultérieurement devra rester propre à l'époux qui s'y sera livré ; elles donneront donc lieu à récompense au profit ou à la charge de l'époux, à la dissolution de la communauté.

170. — 3^o Nous arrivons à la troisième hypothèse, controversée, celle où les parts sociales ont été estimées au contrat de mariage. Cette simple estimation vaut-elle vente à la communauté, en l'absence d'une stipulation expresse ?

Cette question se ramène à celle plus générale de savoir si le seul fait de l'estimation de biens meubles au contrat de mariage contenant adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts vaut vente de ces meubles à la communauté.

Les premiers commentateurs du Code Civil ne faisaient intervenir dans le débat que l'article 1551. Cet article, écrit à propos du régime dotal, dispose que « si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier ». Fallait-il ou non étendre cet article à la communauté réduite aux acquêts ? Toullier¹ et Taulier² repoussaient cette extension, sous prétexte que la règle portée dans l'article 1551 était spéciale au régime dotal et que, portant atteinte au « droit sacré de propriété », elle devait être renfermée strictement dans l'hypothèse prévue au texte. Mais les autres auteurs³ se prononçaient, au contraire, en faveur de l'extension de l'article 1551 à la communauté d'acquêts. L'article 1551, disaient-ils, a été écrit par interprétation de la volonté de la femme et dans son intérêt. Les meubles dépérissent et se déprécient par l'usage et les changements de modes. Il est naturel de penser que, au moyen de l'estimation, la femme a voulu se garantir contre cette dépréciation. Cette estimation a la même utilité et par conséquent doit avoir le même sens présumé sous le régime dotal ou sous le régime de la communauté d'acquêts. Il est donc logique et conforme à l'intention probable des parties, sur laquelle repose l'article 1551, d'appliquer ledit article à ce dernier régime aussi bien qu'au premier. Cette extension est d'autant plus rationnelle que, sous le régime de la communauté d'acquêts, aucune entrave n'est apportée par le législateur à l'aliénation de la dot de la femme. Mais, qu'on le remarque bien, la simple transposition de cet article dans le régime de la communauté réduite aux acquêts conduit seulement à décider que la communauté devient propriétaire des objets mobiliers apportés par la

1. XIII, n° 326.

2. *Théorie raisonnée du Code Civil*, V, p. 182.

3. DURANTON, XV, n° 21 ; RODIÈRE et PONT, II, n° 1278 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, III, n° 1902 ; AUBRY et RAU (4^e éd.), V, § 522, texte et note 30.

femme et non de ceux apportés par le mari sur estimation. Les auteurs précités disent uniquement qu'est transférée à la communauté d'acquêts la propriété des objets mobiliers « qui ont été livrés au mari sur estimation sans déclaration que cette estimation ne devait pas valoir vente ». Et le savant annotateur d'Aubry et Rau n'hésite pas à déduire de cette proposition écrite par ces auteurs que « la question ne saurait évidemment se poser pour le mobilier apporté avec estimation dans le contrat de mariage par le mari¹ » et il cite à l'appui un arrêt de la Cour de Bordeaux du 17 avril 1886², qui exclut de la communauté un office de notaire possédé par le mari lors de son mariage, bien qu'estimé au contrat de mariage. L'article 1551 ne pouvait, en ce cas, être invoqué, puisqu'il s'agissait d'un bien meuble appartenant au mari.

171. Cependant d'autres auteurs établissent sur une base plus large le transfert à la communauté des meubles estimés au contrat de mariage et ils ne font pas de distinction entre le mobilier du mari et celui de la femme ; l'un et l'autre, s'ils sont estimés, doivent entrer en communauté. C'est l'application de l'adage « estimation vaut vente », qui forme le droit commun et ne pourrait être écarté, dans l'hypothèse, que par un texte exprès. L'article 1551 ne fait que se référer à cette règle générale. De même l'article 1851 en matière de société : « Si la chose a été estimée, dit cet article, 3^e alinéa, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation ». Ce dernier article fournirait, dit-on, un puissant argument d'analogie relativement à la communauté d'acquêts. Cette communauté n'est-elle pas « une société de biens et d'intérêts » entre les époux. « Sans doute elle repose sur des principes tout particuliers et contraires en bien des points au droit commun des sociétés ordinaires. » Mais sur ce point la règle édictée pour les sociétés ordinaires a même raison d'être pour la communauté conjugale. Un texte relatif à la communauté n'en fait-il pas d'ailleurs une application ? L'article 1503 dispose que « chaque époux a le droit de prendre et prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté ». Ainsi le mobilier que

1. AUBRY et RAU (5^e éd.), VIII, § 522, note 30.

2. S., 1886, II, 206.

possédait l'époux ou qui lui est advenu est entré dans la communauté, même pour ce qui excédait sa mise, et cet époux n'a le droit que d'exercer une reprise en valeur de cet excédent. Il s'agit là, il est vrai, de la clause d'apport et non de la stipulation d'acquêts. Mais cela montre bien que le Code Civil entend ne pas soustraire la communauté à l'application de l'adage « estimation vaut vente ». Qu'on n'objecte pas, pour en restreindre, sous ce régime, l'application au mobilier estimé, apporté par la femme, que dans les cas des articles 1551 et 1851 la détention de l'objet a changé de mains et qu'il y a lieu de régler une question de restitution (celle-ci devra-t-elle s'effectuer en nature ou en argent ?), qu'au contraire, si l'objet estimé appartient au mari, sa propriété se continue par lui-même, et que la question de restitution ne se pose pas. Cette distinction est sans fondement : pourquoi l'estimation ne vaudrait-elle pas vente, quand les objets sont restés en la possession de leur propriétaire, alors qu'elle vaut vente, quand ils sont sortis de ses mains ? Aussi bien « l'associé administrateur qui apporte à la société, sur estimation, un bien lui appartenant, se trouve dans la même situation que le mari : on pourrait dire de lui qu'il n'a pas besoin de livrer à un autre, qu'il continue à être propriétaire et cependant l'article 1851 lui est applicable ». Au surplus, la solution ainsi consacrée est conforme à la volonté probable des parties. Pourquoi auraient-elles estimé leurs apports mobiliers, sinon pour fixer le montant de la reprise en valeur qu'elles se réservent d'exercer à la dissolution de la communauté, transférant en conséquence à celle-ci la propriété de leurs apports ? Tel est du moins leur but probable, présumable. Les articles 1551 et 1851 n'établissent, d'ailleurs, qu'une présomption simple susceptible de céder devant une manifestation de volonté contraire. Si donc les parties stipulent expressément que l'estimation ne vaudra pas vente à la communauté, cette clause devra être respectée. L'intention de ne pas attacher à l'estimation l'effet d'une vente pourra même être tacite ; il suffira qu'elle résulte des circonstances de la cause. Peut-être, en effet, l'estimation n'a-t-elle été faite que pour le cas où l'on ne pourrait prouver quelles étaient les valeurs mobilières au moment du contrat, ni en suivre les transformations ; s'il s'agit de meubles corporels, peut-être les époux auront voulu « suppléer à ce qui pourrait manquer en force probante aux états ou documents justificatifs de

l'ancien mobilier du mari pour lui en conférer la propriété personnelle, et aider à la liquidation de la société d'acquêts, en prêtant toute l'autorité du contrat de mariage à la consistance de cet avoir ». Mais, dans ces diverses hypothèses, la volonté des parties devra apparaître clairement, sinon l'adage « estimation vaut vente » conservera son empire¹.

172. Ce système a été critiqué. Il résulte, dit-on, des articles 1498 et 1499 C. Civ., que le mobilier possédé par les époux lors de leur mariage est exclu de la communauté, que ceux-ci ont droit de prélever leurs apports — dûment justifiés, bien entendu — à la dissolution, et que la communauté ne comprend que les acquêts, c'est-à-dire les biens provenant tant de l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et revenus des propres. Pour faire entrer en communauté d'autres biens que ceux-ci, à part ceux qui sont consommables par le premier usage ou destinés à être vendus, il faut une stipulation expresse. La simple estimation ne suffit pas. L'adage « estimation vaut vente » n'a pas la portée générale qu'on lui attribue. Ainsi sous le régime dotal, tandis que l'estimation des meubles vaut vente par elle seule, l'estimation des immeubles ne suffit pas pour produire cet effet (art. 1552 C. Civ.). Les articles 1551 et 1851 qui contiennent des applications de cet adage s'expliquent par des raisons spéciales et par conséquent doivent être interprétés strictement.

L'article 1551 est écrit en matière de régime dotal ; il vient du droit romain ; la communauté est au contraire d'origine coutumière ; il faut bien se garder d'étendre à la communauté les règles du régime dotal ; ces deux institutions ont conservé de leur diversité d'origine une physionomie bien différente. Ainsi on n'applique pas à la communauté l'article 1569 qui établit une présomption de paiement de la dot, si le mariage a duré dix ans depuis l'échéance ; les pouvoirs du mari comme administrateur des biens de sa femme ne sont

1. LABBÉ, note, S., 1878, I, 5 ; MARCADÉ (8^e éd.), V, sur l'article 1408, VIII, p. 526 ; DE FOLLEVILLE, I, nos 576 bis et 622 ; PIOLET, *Communauté d'acquêts*, p. 52 ; TESSIER, 2^e éd., par DELOYNES, *Tr. de la Société d'acquêts*, n° 83, note 1, p. 148 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 759 et II, n° 1299 ; PLANIOL, III, n° 998 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 278 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 124 ; MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté*, thèse, Dijon, 1880 n° 39, p. 109.

pas les mêmes sous le régime dotal et sous le régime de la communauté ; notamment, tandis que sous le premier il peut aliéner les meubles de sa femme, ce pouvoir, sous le second, lui est refusé. Donc le raisonnement par analogie entre le régime dotal et le régime de la communauté n'est pas de mise.

L'article 1851 est écrit pour les sociétés de lucre. On ne saurait considérer ainsi la communauté conjugale. On comprend que dans une société, dominée par l'esprit de spéculation, il soit de l'intérêt de la société de convertir en argent les mises des associés, et que ceux-ci n'ayant en vue que le gain à réaliser cherchent à s'assurer par la seule estimation une somme d'argent plutôt qu'ils ne désirent conserver la propriété des biens apportés. Pareille intention ne peut s'induire aussi naturellement de la part d'un époux. L'estimation que l'époux fait de ses apports mobiliers au contrat de mariage peut avoir un autre but. Les partisans du système adverse le reconnaissent eux-mêmes. En présence de l'incertitude sur la portée qu'ont voulu attribuer les parties à l'estimation, la préférence doit être donnée à l'exclusion de la communauté, puisque telle est la règle sous le régime de la communauté réduite aux acquêts pour le mobilier apporté par les époux.

En somme, à défaut d'indication propre à justifier de l'intention des parties, la seule estimation ne vaudra pas vente du mobilier apporté à la communauté d'acquêts, et voilà en quoi ce système diffère du précédent ; mais il ne sera pas besoin d'une stipulation expresse pour transférer la propriété à la communauté des meubles estimés ; les époux pourront démontrer que leur volonté a été d'attacher cet effet à l'estimation, à l'aide des diverses circonstances de la cause¹.

173. Malgré l'opposition de principe qui existe entre ces deux systèmes, étant donné la place qu'ils réservent l'un et l'autre à l'interprétation de la volonté des parties, ils conduiront à des solutions identiques dans beaucoup de cas où l'estimation n'aura été accompagnée d'aucune stipulation. Il convient cependant pour la clarté des idées, clarté qui importe aussi bien à la pratique qu'à la théorie, d'apprécier le fondement respectif de ces deux systèmes, et de poser des conclusions aussi nettes que possible.

1. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1474 ; LAURENT, XXIII, n° 149 ; AMIAUD, *Tr. formul. du Notar.* (5^e éd.), III, V° Partage, n° 1034.

174. Cette étude rentre dans celle de la détermination de la portée à attribuer dans notre droit actuel à l'adage « estimation vaut vente ». Il y aurait lieu pour cela de retracer l'historique de cet adage. Nous ne pouvons le faire ici. Nous nous bornerons à rappeler des notions primordiales. Cet adage nous vient du Droit Romain, où il était appliqué surtout en matière de dot¹. Il est à remarquer que, contrairement à la distinction établie par nos articles 1551 et 1552, il concernait aussi bien les immeubles² que les meubles dotaux. Il présentait un intérêt particulier à l'égard des immeubles ; il les soustrayait à l'inaliénabilité, dont les avait frappés la loi *Julia de adulteriis*, entre les mains du mari. Celui-ci, par l'estimation, en devenait propriétaire non au titre de la constitution de dot mais au titre de vente ; il en avait ainsi la libre disposition ; ce qui était dotal, c'était le prix de ces biens, représenté par le montant de l'estimation ; le mari était débiteur non d'un corps certain mais de ce prix. Le droit romain contient deux autres applications de la règle « *aestimatio facit venditionem* » : l'une se réfère au cas où le bailleur d'un fonds rural estime les ustensiles qui s'y trouvent au moment de l'entrée en jouissance du fermier³, l'autre se rapporte à la procédure formulaire et est exprimée par cette proposition : *aestimatio litis similis est venditioni*. Si le défendeur ne restitue pas en nature, il sera condamné à une somme d'argent arbitrée par le juge, représentant la valeur de la chose revendiquée ; l'estimation de la chose, qui fera l'objet de la *condemnatio*, en sera en quelque sorte le prix : en en payant le montant le défendeur pourra conserver la chose à titre de propriétaire ; l'opération équivaldra à une vente. Par contre, il y a des cas, en droit romain, où l'estimation ne vaut pas vente par elle-même : c'est en matière de société et de commodat ; l'estimation donnée à la chose mise en société ou prêtée à usage a seulement pour but d'augmenter la responsabilité de l'*accipiens*, de l'obliger à apporter à la garde de la chose plus de vigilance et de soins qu'en temps ordinaire. Nous concluons de ce rapide coup d'œil que la règle « *aestimatio facit venditionem* » n'avait pas une portée absolument générale en droit romain. Elle était liée en cer-

1. Dig., XXIII, III, *De jure dotium*, 10, §§ 4 et 5.

2. Dig., XX, IV, *Qui potiores*, 9, § 3.

3. Dig., XIX, *Locati conducti*, 3.

tains cas à des institutions particulières, et dans tous elle reposait sur l'intention présumée des parties. Ce qui le montre bien, c'est qu'elle pouvait être écartée par une stipulation contraire, et que la loi elle-même l'écartait dans des hypothèses où la pensée des parties lui paraissait ne pas l'impliquer¹.

175. Dans notre ancien droit, il y a lieu pour étudier l'empire de la règle « *aestimatio facit venditionem* », en matière de dot, de distinguer entre les pays de droit écrit et les pays de coutume. Les premiers prirent la règle telle qu'elle était en droit romain ; mais, tandis que pour les meubles dotaux, ils n'admirent pour la renverser, comme en droit romain, qu'une stipulation contraire expresse, une évolution jurisprudentielle très notable se produisit quant aux immeubles apportés en dot ; la présomption de vente, attachée à l'estimation, put être détruite, en l'absence d'une clause contraire expresse, par la démonstration à l'aide des autres clauses du contrat de mariage que les parties avaient eu une intention différente en estimant les immeubles. Cette estimation avait pour but notamment de fixer l'augment de dot de la femme ou l'assiette du contrôle, auquel était soumise toute mutation de propriété². Cette différence de traitement entre les meubles et les immeubles dotaux estimés montre le souci de notre ancienne jurisprudence de se conformer le plus exactement possible à la volonté des parties. Si, en effet, il est naturel de penser que les parties en estimant les meubles ont voulu se garantir contre leur usure, cette raison n'existe pas à l'égard des immeubles, qui représentent l'élément stable des fortunes. Il ne faudra pas admettre aussi facilement l'intention chez le propriétaire de se déposséder de son immeuble. — Dans les pays de coutume, la règle romaine « *aestimatio facit venditionem* » ne fut jamais appliquée aux immeubles apportés en dot ; au contraire, l'estimation des meubles apportés en dot fut considérée comme valant vente. Ces deux solutions, vers lesquelles tendait la jurisprudence des pays de droit écrit, reposent également sur l'intention présumée des parties. — Au surplus, dans notre ancien droit, il existe un

1. CROS, *De l'estimation dans les actes produisant une obligation de restitution*, thèse, Toulouse, 1894, p. 4-97.

2. Edit. de mars 1673. V. DALL., *Jur. Gén.* V^o Enregistrement, n^o 10.

certain nombre de cas dans lesquels l'estimation ne vaut pas vente : par exemple en ce qui concerne les choses prêtées à usage, ou baillées à cheptel¹.

176. Ces précédents historiques étant posés, quelle attitude le Code Civil a-t-il adoptée à l'égard de la maxime « estimation vaut vente » ? En matière de régime dotal, il l'a appliquée aux meubles, mais il l'a répudiée pour les immeubles. Les rédacteurs du Code ont voulu ainsi faire cesser les discussions auxquelles prêtait l'interprétation de l'estimation des immeubles d'après la jurisprudence des pays de droit écrit. « Le projet de loi nous apporte un grand bien, dit Duveyrier dans son rapport au Tribunat², en fixant sur ce point la législation ; et en la fixant, il la perfectionne dans la faveur et l'intérêt de la dot. — La faveur de la dot appelle l'application de cette règle plus fortement sur les meubles, choses passagères et périssables, que sur les immeubles, qui, par leur nature, sont moins susceptibles de destruction ». Nous voyons que les rédacteurs du Code n'attachent pas à la maxime romaine un caractère impératif ; ils ne l'appliquent qu'en tant qu'elle concorde avec l'intérêt de la femme ; ils la rejettent quand elle ne paraît pas y correspondre. En somme, c'est toujours l'intention des parties qui décide de l'application de cette maxime, car l'intérêt est le criterium le plus sûr de l'intention. Aussi, dans les cas où l'intention présumée des parties n'aura pas été d'attribuer à l'estimation l'effet d'une vente, le Code rejette-t-il la maxime romaine. Par exemple, l'estimation de la chose prêtée à usage n'en opérera pas la translation de propriété à l'emprunteur (art. 1877), elle servira seulement à mettre la perte par cas fortuit à la charge de ce dernier (art. 1883), comme en droit romain. De même, le fermier devra restituer en nature le cheptel estimé (art. 1826) en supportant également les cas fortuits (art. 1822). Quant à l'article 1851 C. Civ. dans lequel on voit une application de la règle « estimation vaut vente », qu'on explique d'ailleurs par la nature même du contrat de société, il semble que cette interprétation, commandée par la construction grammaticale de cet article, étende la portée que les rédacteurs du Code Civil ont entendu lui donner. Il est issu en effet d'un passage

1. CROS, *thèse précitée*, p. 98-137.

2. LOCRE, XIII, p. 385.

du Traité du Contrat de Société de Pothier (ch. VII, art. 2)¹. Or Pothier ne faisait d'exception à la restitution en nature que pour « les choses qui se consomment ou se détériorent en les gardant, ou qui fussent destinées à être vendues, et qui eussent été mises dans la société sous une certaine estimation portée par quelque inventaire ». Ainsi, d'après Pothier, ce n'étaient pas toutes les choses estimées qui donnaient lieu à une reprise en valeur, mais seulement celles qui se consumaient ou se détérioraient en les gardant, ou qui étaient destinées à être vendues. L'estimation avait pour but de fixer la somme d'argent à laquelle aurait droit l'apporteur à la dissolution de la société en représentation de ces choses. Le Code Civil n'a certainement pas voulu changer les règles posées par Pothier sur ce point. L'article 1851 contient très vraisemblablement une faute de rédaction².

Toutes ces considérations nous permettent de déterminer l'importance qu'il convient de reconnaître à la maxime « estimation vaut vente » dans notre droit actuel. L'enseignement que l'on peut tirer de son évolution historique est celui-ci : son domaine a été en décroissant ; elle a notamment cessé de régir les immeubles dotaux. Fondée sur l'interprétation de la volonté des parties, c'est devant une interprétation plus rationnelle, plus nuancée, de cette volonté, qu'elle s'est retirée. Aussi, dans tous les cas où nos textes n'ont pas cru devoir en faire une application expresse, c'est la volonté des parties qu'il faudra rechercher, et le seul fait de l'estimation ne devra pas suffire à faire présumer l'intention de vente chez le propriétaire. Les circonstances dans lesquelles est intervenue cette estimation devront être prises en considération. Si d'ailleurs les motifs, sur lesquels s'appuie une disposition faisant application de l'adage, se rencontrent dans une hypothèse non prévue, il y aura lieu de l'y étendre, comme constituant la meilleure interprétation de la volonté des parties.

177. A l'aide de ces principes, quel effet allons-nous attribuer à l'estimation de la part sociale, faite par l'un ou l'autre époux au contrat de mariage contenant adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts ? Aucun texte ne fait

1. Ed. BUGNET, VII, p. 287.

2. CROS, *thèse précitée*, p. 259 et s.

application de la maxime « estimation vaut vente » à la communauté. On ne saurait regarder comme tel l'article 1503 du Code Civil. Cet article prévoit la clause d'apport pour une somme déterminée. Si en l'espèce tout le mobilier de l'époux entre en communauté, ce n'est pas en vertu de l'estimation ; c'est par l'effet nécessaire de la convention tout entière. L'époux s'engage à mettre en communauté son mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; il ne désigne pas les meubles qui deviendront communs et ceux qu'il se réserve propres. Cette indétermination entraînera donc l'entrée en communauté de tout son mobilier ; il aura droit seulement, à la dissolution, de prélever sur ladite communauté « la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors de son mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté » (art. 1503). La somme portée au contrat de mariage permettra de fixer la valeur de cet excédent¹, mais elle ne représente pas cette valeur, elle représente au contraire celle du mobilier acquis par la communauté sans contre-partie. On ne pourrait voir une vente à la communauté que pour l'excédent, et précisément cet excédent n'est pas estimé ; il ne le sera qu'à la dissolution. La règle « estimation vaut vente » est donc hors de cause². Peut-on étendre par analogie à l'apport des époux dans la communauté d'acquêts les articles 1551 et 1851 C. Civ. Si, comme nous avons montré que cela était très vraisemblable, la disposition de l'article 1851 relative à l'estimation des choses mises en société n'a été formulée à titre de disposition indépendante que par une faute de rédaction, elle doit être strictement interprétée ; au reste, la différence de nature qui existe entre la société ordinaire et la communauté conjugale ne permet pas l'extension à celle-ci de la règle édictée dans la 3^e alinéa de l'article 1851. Quant à l'article 1551, rappelons-nous les raisons d'où il procède. Il a été écrit dans l'intérêt de la dot. Les meubles dotaux sont susceptibles de se détériorer par l'usage, de se déprécier ; leur estimation a très vraisemblablement pour but de garantir la femme contre la perte qui résulterait pour elle de la reprise en nature de ces meubles. Cet effet attaché à l'estimation

1. Elle servira également au mari à prouver la réalisation de son apport à la communauté (art. 1502 C. Civ.).

2. CROS, *thèse précitée*, p. 112 et s. ; *contra* : LABBÉ, note, S., 1878, I, 5.

du mobilier est aussi présumable sous le régime de la communauté réduite aux acquêts que sous le régime dotal et chez le mari que chez la femme. Mais observons que cette présomption ne concerne que les objets mobiliers sujets à usure, à dépérissement, à avilissement. Faut-il en conclure que l'article 1551 sous le régime dotal doit être restreint à ces sortes de meubles ? Cette question est hors de notre sujet. Disons toutefois que, cet article ne distinguant pas, on décide généralement qu'il comprend, conformément à l'article 535, tout ce qui est censé meuble d'après les articles 527 et suivants du Code Civil, c'est-à-dire les meubles incorporels aussi bien que les meubles corporels¹. Mais en matière de communauté nous n'avons pas de texte. Notre guide est l'intention des parties. Nous n'appliquerons donc l'article 1551, ou plutôt l'adage dont il contient lui-même une application, qu'en tant qu'il nous paraîtra conforme à cette intention. Or, s'il est naturel d'interpréter l'estimation dans le sens de la vente, lorsqu'il s'agit de meubles corporels susceptibles de se détériorer, cette interprétation est beaucoup moins certaine, lorsqu'il s'agit de meubles incorporels². Extrayons de ceux-ci la part sociale. Peut-on inférer du seul fait de son évaluation au contrat de mariage que les époux, qui ont adopté le régime de la communauté réduite aux acquêts, ont voulu en faire vente à la communauté ? Il y a lieu de distinguer entre les parts dans les sociétés de personnes et les parts dans les sociétés de capitaux.

178. En ce qui concerne les parts dans les sociétés de personnes, nous savons que leur valeur seulement entre en communauté, que l'époux associé conserve personnellement son droit de participer à l'administration et au contrôle des affaires sociales et qu'il a le droit, à la dissolution de la communauté, de reprendre sa part en tenant compte à son conjoint ou aux héritiers de celui-ci de la moitié de la valeur de ladite part au jour du partage. Que cette valeur tombe en communauté, en l'absence de conventions matrimoniales, par le jeu du régime légal, soit ; mais on ne s'explique pas bien qu'un époux ayant pris soin de faire un contrat de mariage pour adopter le régime de la communauté réduite aux acquêts

1. RODIÈRE et PONT, III, n° 1668 ; GUILLOUARD, IV, n° 1773.

2. AMIAUD, *Tr. Formul. du Notar.* (5^e éd.), III, V° Partage, n° 1034.

ait entendu par le seul fait de l'estimation mettre en communauté la valeur de sa part sociale moyennant une récompense égale au montant de cette estimation. Cela impliquerait une renonciation de l'époux associé aux chances de plus-value de sa part ; une pareille renonciation ne doit pas se présumer facilement, sous un régime où les époux gardent en principe la propriété des biens par eux possédés lors du mariage, et étant donné le caractère personnel de la part sociale. Pourquoi alors cette dernière a-t-elle été estimée ? Notons que cette estimation est nécessaire pour la perception du droit d'enregistrement, que la loi du 28 février 1872 a institué sur les apports des futurs époux, même s'ils en conservent la propriété, droit gradué d'abord, converti en droit proportionnel par la loi du 28 avril 1893 (art. 19). Cette estimation permettra également de calculer les honoraires du notaire. Et puis, par elle le futur époux ou la future épouse montrera à celle ou à celui qui va devenir son conjoint l'importance de son apport : c'est une raison d'être très naturelle de l'évaluation, celle même qui vient la première à l'esprit pour qui ignore la maxime « estimation vaut vente ». L'accord des volontés qui est à la base du contrat de mariage interviendra ainsi sur des données précises. Si la part sociale a été constituée en dot, une estimation peut lui être donnée en vue de permettre le rapport en moins prenant à la succession du constituant (art. 868)¹. En résumé, il y aura lieu de rechercher, dans chaque espèce, sous le régime de la communauté d'acquêts, le ou les motifs, pour lesquels la part sociale a été évaluée au contrat de mariage ; s'il ne peut être établi clairement que ce fait, aux yeux des parties ou au moins de l'époux associé, impliquât vente à la communauté, sans qu'il soit d'ailleurs besoin pour cela d'une stipulation expresse, il faudra laisser audit époux la propriété de sa part sociale².

179. En ce qui concerne les parts dans les sociétés de capitaux, les actions, on pourrait hésiter davantage à écarter l'application pure et simple de l'adage « estimation vaut vente ». Les actions au porteur notamment sont assimilées à de véritables meubles corporels, et même les actions nomi-

1. Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer, 6 décembre 1912, *Gaz. Trib.*, 1913 (1^{er} semestre), II, 40.

2. LAURENT, XXIII, n° 149.

natives sont dénuées de ce caractère personnel que nous avons invoqué pour soustraire à cet adage les parts dans les sociétés de personnes. Nous ne pensons pas cependant que la seule estimation des actions nominatives ou au porteur au contrat de mariage démontre suffisamment l'intention de l'époux actionnaire d'en opérer le transfert à la communauté moyennant récompense. On s'accorde à reconnaître que l'indication de leur valeur nominale n'équivaut pas à une estimation : elle sert à les désigner *in specie* ; mais, même l'indication du cours de la bourse ou toute autre évaluation, pour nous, ne vaut pas vente à elle seule. Une action est susceptible de plus-value, et si cette plus-value, comme nous le montrerons plus loin, n'entre pas dans la communauté d'acquêts, qui n'a pas acquis la propriété de l'action, il faut s'appuyer sur des indices certains pour décider que l'époux actionnaire en a consenti l'abandon à la communauté. Or, l'estimation de l'action peut se justifier par les mêmes motifs que celle de la part dans une société de personnes : perception des droits d'enregistrement, détermination de l'importance de l'apport pour le conjoint, rapport de dot. Elle peut encore avoir eu pour but de fixer le montant de la reprise en valeur à exercer par son propriétaire, dans le cas où l'action ne se retrouverait plus en nature à la dissolution de la communauté : elle a par exemple été aliénée pendant le mariage et il n'existe aucun document établissant son prix de vente. Cette utilité de l'estimation semble devoir être beaucoup moins fréquente pour les parts dans les sociétés de personnes en raison de leur incessibilité. Si toutefois l'époux, qui posséderait une telle part, avait pu la céder pendant le mariage avec l'agrément de ses co-associés donné soit d'une façon générale au pacte social, soit spécialement à l'occasion de la cession, il est bien rare qu'une cession de cette importance n'ait pas été constatée par écrit. De même, si l'époux associé s'était adjoint un croupier. Dans ces conditions la preuve du prix de cession ou du montant des sommes versées par le croupier résultera de l'acte qui aura été dressé et il ne sera pas besoin de recourir à l'estimation. Celle-ci ne semble pas non plus utile pour fixer le montant de la reprise de l'époux associé, au cas où la société se serait dissoute pendant le mariage : généralement un acte de liquidation aura été dressé qui indiquera la part revenue audit associé. Quoiqu'il en soit, l'estimation des actions au contrat de mariage peut avoir des buts variés, exclusifs de

l'idée de vente, et l'on ne saurait assigner à celle-ci un degré de probabilité supérieur pour l'ériger en présomption, à défaut d'autres éléments indicateurs. Il faudra donc, dans chaque espèce, se demander pourquoi l'époux a estimé son ou ses actions au contrat de mariage, et lui en laisser la propriété, s'il n'apparaît pas clairement qu'il a voulu par là les vendre à la communauté¹.

180. En somme, l'examen de l'évolution historique de la maxime *aestimatio facit venditionem* nous a conduit à nous rallier au système qui rejette l'application de cette maxime en matière de communauté réduite aux acquêts, du moins en ce qui concerne les parts sociales, puisque, comme nous l'avons dit, nous serions disposé à l'appliquer aux meubles susceptibles de se détériorer par l'usage. Quelle position a adoptée la jurisprudence dans la question ? Notamment, que décide-t-elle relativement aux parts sociales estimées au contrat de mariage ?

A la vérité, on trouve des décisions qui posent en principe l'extension de l'article 1551 au régime de la communauté réduite aux acquêts², et d'autres qui déclarent au contraire que l'article 1551 est étranger au régime de la communauté et que l'estimation donnée sous ce régime « à un mobilier propre dont l'identité est légalement constatée n'est pas suffisante pour faire à elle seule perdre à l'époux la propriété de ce mobilier³ ».

Quant à la doctrine de la Cour de Cassation, elle étend, dit-on, en principe la règle formulée dans l'article 1551 au mobilier des époux estimé au contrat de mariage, mais elle admet que l'estimation du mobilier propre n'a pas pour effet

1. HOUPIŒ, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1882, pp. 81 et 89.

2. Paris, 11 mai 1837, S., 1837, II, 306 ; Trib. Civ. Joigny, 20 mai 1868, sous Paris, 8 avril 1869, S., 1869, II, 205 ; Trib. Civ. Grenoble, 14 août 1876, sous Cass. Req., 14 mars 1877, S., 1878, I, 5 ; Trib. Civ. Bordeaux, 18 mars 1909, *Journ. des Arrêts de la Cour d'Appel de Bordeaux*, 1910, II, 18 ; Amiens, 19 décembre 1900, confirm. sur ce point Trib. Civ. Laon, 24 mai 1899, *Journ. des Audiences de la Cour d'Amiens*, 1900, 212.

3. Grenoble, 20 mars 1876, sous Req. 14 mars 1877, S., 1878, I, 5 ; Bordeaux, 17 février 1886, S., 1886, II, 206 ; Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer, 6 décembre 1912, *Gaz. Trib.*, 1913 (1^{er} sem.), II, 40 ; Gand, 30 avril 1870, *Pasicr.*, 1870, II, 399 ; Trib. Civ. Gand, 23 janvier 1890, *Pasicr.*, 1890, III, 122 ; Trib. Civ. Anvers, 26 octobre 1909, *Pasicr.*, 1909, III, 396.

de transférer à la communauté d'acquêts la propriété du mobilier estimé, lorsqu'il résulte des conventions matrimoniales intervenues entre les époux que cette estimation a eu un autre but ; autrement dit, elle attache la présomption de vente à l'estimation du mobilier, mais elle réserve la preuve contraire tirée de l'interprétation des conventions matrimoniales ; et l'on cite à l'appui de la première proposition deux arrêts de la Chambre Civile du 14 novembre 1855¹ et du 21 mars 1859², et à l'appui de la seconde proposition un arrêt de la Chambre des Requêtes du 14 mars 1877³. La Cour de Cassation n'a pas exprimé la première proposition dans les arrêts cités et elle n'a rien dit d'où, selon nous, on puisse la déduire. D'après le premier arrêt, le futur époux avait déclaré au contrat de mariage, qui contenait adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, que ses biens présents consistaient en la somme de 100.000 francs en espèces ou valeurs prises pour argent comptant, et en la valeur de ses immeubles, distraction faite de toutes dettes. Vu ces termes, et la reprise en nature du mobilier étant impossible en l'absence de toute désignation permettant de l'identifier, l'estimation globale de ce mobilier entraînait nécessairement la vente à la communauté. C'est ce que dit simplement la Chambre Civile : cette estimation a pu suffire pour que les biens meubles présents soient tombés dans la communauté « parce que, à défaut d'inventaire ou d'acte équivalent, la loi répute acquêts, même les valeurs mobilières qui existaient au jour du mariage ». — Dans l'espèce de l'arrêt du 21 mars 1859, il y avait une clause d'apport pour une somme déterminée, combinée avec une clause de réalisation. Or, nous savons que la clause d'apport a pour effet de transférer à la communauté tout le mobilier apporté par les époux, sauf prélèvement, à la dissolution, de l'excédent. D'ailleurs, comme dans l'espèce précédente, les meubles réalisés avaient été estimés globalement sans description suffisante pour en permettre la reprise en nature. — Enfin, l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 14 mars 1877 dit⁴ seulement que « l'estima-

1. D. P., 1855, I, 461, S., 1856, I, 11.

2. D. P., 1859, I, 226.

3. S., 1878, I, 5, *J. Pal.*, 1878, I, 5, et la note de M. LABBÉ, D. P., 1877, I, 353.

tion du mobilier exclu... n'a pas pour effet de transférer à la société d'acquêts la propriété du mobilier estimé, lorsqu'il résulte des conventions matrimoniales intervenues entre les époux que cette estimation a eu un autre but ». Cet arrêt ne fait aucune allusion à la présomption de vente, qu'on devrait attacher à l'estimation du mobilier sous le régime de la communauté d'acquêts, par extension de l'article 1551. La question de l'effet de l'estimation doit se résoudre, selon lui, par interprétation des conventions matrimoniales¹. C'est aussi ce que nous pensons.

181. Considérons plus spécialement les décisions concernant l'estimation des parts sociales. Nous examinerons en même temps celles relatives à l'estimation des offices ministériels ou des fonds de commerce. L'analogie existant entre ces divers meubles-incorporels appelle des solutions semblables au point de vue que nous étudions. Un coup d'œil d'ensemble nous permettra de mieux saisir l'orientation de la jurisprudence.

En ce qui concerne les offices ministériels, toutes les décisions que nous avons relevées, à part un jugement du Tribunal Civil de Joigny du 20 mai 1868², laissent au mari, sous le régime de la communauté d'acquêts, la propriété de l'office dont il était titulaire au moment du mariage, malgré l'estimation qui lui a été donnée au contrat de mariage³. C'est l'interprétation la plus naturelle de la volonté du mari.

De même les juges interprètent généralement la volonté de l'époux possesseur, à l'époque du mariage, d'un fonds de commerce, qu'il a estimé dans le contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté d'acquêts, en faveur

1. Cf., dans le même sens, Cass. Civ., 30 juin 1910, S., 1910, I, 529. D'après cet arrêt il appartient aux juges du fond de décider que l'évaluation faite au contrat de mariage de marchandises, mobilier industriel et musée, impliquait, dans l'intention des contractants, cession à la société d'acquêts moyennant reprise du montant de l'estimation. Il importe de remarquer que la Chambre Civile fonde le transfert à la société d'acquêts des objets estimés sur l'intention des parties, souverainement établie par les juges du fond, et non sur la règle « *acestimatio facit venditionem* ».

2. Sous Paris, 8 avril 1869, S., 1869, II, 205.

3. Paris, 8 avril 1869, *précité* ; Bordeaux, 17 février 1886, S., 1886, II, 206 ; Trib. Civ. Lille, 11 décembre 1885, *J. Enreg.*, 1886, art. 22593, p. 160.

de l'exclusion de ce fonds de commerce de la communauté¹. Une décision a été rendue dans le même sens, relativement au droit au bail à ferme que la femme s'était personnellement constitué en dot et avait estimé dans son contrat de mariage². On ne saurait faire état d'un arrêt de la Cour de Paris du 11 mai 1837³, qui, pour faire tomber dans la communauté d'acquêts un fonds de commerce réalisé se base non seulement sur l'estimation qui en avait été donnée au contrat de mariage, mais sur l'opinion de Pothier, complètement abandonnée aujourd'hui, que le mobilier réalisé ne constitue qu'un propre imparfait.

182. En ce qui concerne les parts dans les sociétés de personnes, un arrêt récent de la Cour de Montpellier⁴ décide que nonobstant l'évaluation qui lui a été donnée au contrat de mariage, la part d'intérêt du mari dans une société commerciale n'est pas entrée dans la communauté d'acquêts stipulée par ce contrat, car, dit cet arrêt, « il faut envisager la volonté des parties qui n'a certainement pas été, notamment en raison de son importance, de faire entrer dans la communauté cette part d'intérêt... mais qui assurément a été motivée par le seul désir du futur époux d'indiquer la valeur approximative de ses apports dans le contrat, soit en raison de conventions sociales, soit pour établir la base de perception des droits d'enregistrement ou des honoraires notariaux ».

Un arrêt de la Cour de Lyon du 9 février 1922⁵ s'est prononcé, il est vrai, en faveur de la vente à la communauté d'une part possédée par le mari au jour de son mariage dans une société en nom collectif, et estimée au contrat de mariage, mais ce n'est pas par application pure et simple de l'adage « estimation vaut vente », c'est par une interprétation très minutieuse de la volonté de l'époux associé, telle qu'elle résultait tant des conventions matrimoniales que d'actes et de déclarations subséquents. Et certes, l'article du contrat de mariage, où était mentionnée cette part sociale, était rédigé

1. Trib. Civ. Seine, 29 décembre 1886, *La Loi*, 15 janvier 1887; Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer, 6 décembre 1912, *Gaz. Trib.*, 1913 (1^{er} sem.), II, 40.

2. Trib. Civ. Senlis, 5 décembre 1916, *Rép. Gén. Prat. du Notar.*, 1917, art. 19.135.

3. S., 1837, II, 306.

4. 19 octobre 1926, D. H., 1926, 557.

5. *Gaz. Trib.*, 1922, II, 358.

de telle sorte qu'il impliquait logiquement l'intention de l'époux d'en transférer la propriété à la communauté, sous réserve seulement de la reprise du montant de l'estimation. « P. B..., était-il dit, se constitue en propre... la somme de 25.000 francs, représentant son apport dans la société en nom collectif formée entre lui et E. M..., sous la raison sociale B... et M... ». « Le sens grammatical de cette phrase n'est pas douteux, déclare l'arrêt ; P. B... se constitue en propre une somme d'argent et cette somme est de 25.000 francs... On aura beau faire, la phrase en discussion ne pourra jamais être interprétée, à moins d'être détournée de son sens, comme si le notaire avait écrit : M. B... se constitue son apport dans la société B... et M..., ledit apport évalué à la somme de 25.000 francs ». Puis l'arrêt examine les autres clauses du contrat de mariage ; il prend même en considération les dispositions testamentaires de cet époux, les déclarations d'un de ses amis intimes, les recherches faites par le notaire successeur de celui qui avait rédigé le contrat de mariage ; tous ces éléments lui fournissent la confirmation de son interprétation de l'article sus-relaté du contrat de mariage. Pour montrer les principes sur lesquels repose cet arrêt et ceux qui, à son avis, guident le plus généralement la jurisprudence en la matière, nous ne saurions mieux faire que de reproduire cette phrase extraite d'un de ses motifs : « Si l'on veut tirer de cet ensemble (de décisions de jurisprudence qui paraissent au premier abord contradictoires et qui constituent simplement des décisions d'espèces où le fait et le droit intimement unis varient à l'infini) une règle directrice, il apparaît qu'il y aura surtout à rechercher quelle a été l'intention des parties, intention qui se sera manifestée notamment par le soin que l'on aura pris de bien définir et délimiter les apports propres et de permettre de les reconstituer sans difficulté ni contestation, lors de la dissolution de la communauté. » Tel est bien le principe que nous avons posé. Mais le plus souvent l'application de ce principe conduira à exclusion de la communauté la part sociale estimée au contrat de mariage.

C'est la solution que consacre un arrêt de la Cour de Gand du 30 avril 1870¹, en ce qui concerne une part dans une société de personnes. « Attendu, dit cet arrêt, que loin de transférer

1. *Pasicr.*, 1870, II, 399.

par cette estimation sa part sociale à une communauté qui n'existait pas encore, de Scheffer satisfaisait, au contraire, aux dispositions formelles de l'article 1499 du Code Civil, en établissant la consistance de ses propres mobiliers par un état en bonne forme qui mettait obstacle à ce que ceux-ci fussent réputés acquêts... Attendu d'ailleurs que de Scheffer, qui se réservait propres ses moindres valeurs mobilières, n'a jamais eu l'intention de faire entrer dans la communauté sa part dans la société Veuve de Scheffer, qui constituait son avoir le plus important ».

183. Pour ce qui est des actions, la jurisprudence cherche également à pénétrer l'intention réelle des parties, plutôt qu'elle ne s'arrête à celle que leur prête superficiellement l'adage « estimation vaut vente ». Plusieurs arrêts, notamment un de la Chambre des Requêtes¹, se basant sur cette intention réelle ont laissé à l'époux la propriété de ses actions, qu'il avait estimées au contrat de mariage, où était stipulée la communauté d'acquêts ou une société d'acquêts adjointe au régime dotal. Cependant, un jugement du Tribunal Civil de Laon du 24 mai 1899, confirmé sur ce point par un arrêt de la Cour d'Amiens du 19 décembre 1900², décide que l'estimation d'un titre de rente au porteur (une solution identique eût dû être donnée, s'il s'était agi d'une action au porteur) au contrat de mariage en avait valu vente à la communauté. Mais cette décision invoque, elle aussi, l'intention des parties : « L'apport fait par la dame V... d'une somme de 500 fr. en sa valeur fixée à forfait, d'une inscription de rente sur l'État Français est exclusif de toute intention d'une réserve de propre, dit le jugement ».

184. Pour conclure, nous dirons que la jurisprudence ne se réfère pas au seul fait de l'estimation de la part sociale — intérêt ou action — mais à la volonté des parties pour décider si cette estimation en vaut vente à la communauté d'acquêts. Elle se conforme donc au principe que nous avons adopté.

185. Toutefois, l'intention de vente ne résulte-t-elle pas *de plano* de l'estimation globale portant sur l'ensemble des apports mobiliers des époux, désignés en bloc au contrat

1. Req., 14 mars 1877, S., 1878, I, 5, D. P., 1877, I, 353 ; Trib. Civ. Béziers, 21 juillet 1900, *Gaz. Pal.*, 1900 (2^e sem.), p. 653.

2. *Journ. des Aud. de la Cour d'Amiens*, 1900, 212.

de mariage, et si parmi ces apports et dans cette estimation globale est comprise une part sociale ne faut-il pas la transférer en conséquence à la communauté ? En principe, si les biens estimés globalement ne sont pas décrits d'une façon suffisante pour permettre leur identification, on peut admettre que l'estimation en vaut vente, que les époux ne pourront les reprendre en nature à la dissolution de la communauté, qu'ils pourront seulement prélever leur valeur. Cependant, si tous les biens estimés pouvaient être identifiés à l'aide de documents certains, étrangers au contrat de mariage, on pourrait autoriser les époux à les reprendre en nature, lorsque leur volonté d'en conserver la propriété paraît probable. Ainsi l'ont décidé la Chambre des Requêtes¹ et le Tribunal Civil de Béziers². Dans les deux cas, un certain nombre d'actions de sociétés et autres valeurs mobilières avaient été estimées en bloc au contrat de mariage sans avoir été individualisées, mais leur consistance précise au jour du mariage était établie avec certitude, et ces mêmes valeurs se retrouvaient à la dissolution de la communauté. Aussi les arrêt et jugement précités ont-ils, avec raison, fait droit à la revendication de l'époux du chef duquel elles provenaient. Il y a lieu de remarquer que ces décisions ont été rendues avant la loi de 1924 qui a modifié les règles de la preuve des reprises des propres mobiliers. On sait que, d'après le système alors consacré, cette preuve était beaucoup plus facile entre les époux qu'à l'égard des tiers. Dans les deux espèces le débat était circonscrit entre les époux. Si des tiers s'étaient trouvés en cause, sans doute aurait-on repoussé vis-à-vis d'eux la revendication de l'époux. Mais depuis la loi du 29 avril 1924, qui applique le droit commun pour la preuve des reprises à l'égard des tiers, les solutions rapportées ci-dessus vaudraient aussi bien vis-à-vis de ces derniers qu'entre les époux, pourvu que la preuve de la consistance du mobilier lors du mariage résultât de titres écrits.

186. On pourrait enfin se demander si lorsqu'un contrat de mariage portant adoption du régime de la communauté d'acquêts contient à la fois l'estimation d'une part sociale apportée par l'un des époux et une clause permettant à l'époux survivant de conserver le fonds de commerce ou la part

1. Req., 14 mars 1877, *précité*.

2. 21 juillet 1900, *Gaz. Pal.*, 1900 (2^e sem.), p. 653.

sociale existant au décès de son conjoint moyennant indemnité à verser aux ayants-droit, il n'y a pas lieu d'interpréter, en raison de son concours avec cette clause dans le contrat de mariage, l'estimation de la part sociale comme valant vente à la communauté, au cas où ladite part sociale existerait encore au décès de celui qui l'a apportée. La clause commerciale doit, en effet, d'après une opinion accréditée en doctrine et en jurisprudence, être validée ou annulée comme constituant un pacte sur succession future, suivant que le fonds de commerce ou la part sociale existant au décès dépendait de la communauté ou appartenait en propre à l'époux prédécédé¹. Dès lors, en vertu de cette règle d'interprétation, d'après laquelle « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (art. 1157 C. Civ.), ne vaut-il pas mieux attribuer à l'estimation de la part sociale l'effet translatif à la communauté, ce qui permettra à la clause commerciale de recevoir son exécution, plutôt que de lui refuser cet effet et de maintenir la part sociale estimée dans le patrimoine propre de l'époux décédé, ce qui fera obstacle au jeu de l'adite clause ? Nous ne pensons pas que l'article 1157 doive avoir une influence décisive en faveur de la première solution. Sans doute la clause commerciale insérée au contrat de mariage tendait à permettre à l'époux survivant de prendre la part sociale apportée par son conjoint, si elle existait encore au décès de ce dernier, et c'est consacrer un résultat contraire à celui voulu par les époux lors de la rédaction des conventions matrimoniales que d'empêcher le survivant d'exercer relativement à ladite part la faculté à lui conférée par cette clause. Mais — cette observation concerne surtout les clauses commerciales stipulées avant que ne se soient affirmées la doctrine et la jurisprudence invalidant ces clauses lorsqu'elles visent un fonds de commerce ou une part sociale appartenant en propre à l'époux prédécédé — si, pour appliquer la clause commerciale à la part sociale estimée, selon l'intention probable des parties, on la fait entrer dans la communauté,

1. CAPITANT, note, D. P., 1923, II, 1, sous Rouen, 15 décembre 1922. V. aussi VIALLETON, note, S., 1926, I, 169, sous Cass. Civ., 16 décembre 1925. Mais V. pour la validité sans distinction de la clause dont s'agit : Trib. Civ. Seine, 4 juillet 1924, S., 1928, II, 33, et la note de M. GÉNY.

on risque fort sur ce dernier point de violer la volonté de ces mêmes parties. Il n'est nullement certain qu'en estimant sa part sociale l'époux ait voulu la rendre commune de façon à ce qu'elle puisse faire l'objet, à son décès, au profit de son conjoint, de la faculté prévue par la clause commerciale. Ce peut fort bien être uniquement tel ou tel de ces motifs exclusifs de toute idée de vente à la communauté, que nous avons indiqués précédemment, qui a provoqué cette estimation ; celle-ci, dans l'esprit des parties, ne se rattachait par aucun lien à la clause commerciale. L'époux propriétaire de la part sociale avait entendu, tout en la conservant propre, en consentir la cession à son conjoint pour le cas où celui-ci lui survivrait. Il ne croyait pas ces deux choses incompatibles ; elles le sont cependant, nous disent aujourd'hui des autorités considérables tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il est donc nécessaire de choisir entre l'une et l'autre : le caractère propre et l'exercice de la clause commerciale. Selon nous, il faut d'abord rechercher, abstraction faite de la clause commerciale, si les parties ont voulu ou non en estimant la part sociale la transférer à la communauté, et ce n'est qu'après avoir ainsi déterminé le caractère commun ou propre de la part sociale estimée qu'on pourra décider si relativement à ladite part le conjoint survivant de l'époux qui l'aura apportée sera ou non en droit de revendiquer le bénéfice de la clause commerciale. Celle-ci et l'estimation constituant deux dispositions distinctes du contrat de mariage, elles doivent être interprétées, séparément, s'il n'apparaît pas que les parties aient voulu les lier. Il ne nous semblerait pas juridique de déclarer commune une part sociale, à laquelle l'estimation n'avait très vraisemblablement pas eu pour effet d'imprimer ce caractère, dans le but de tourner une prohibition légale, si regrettable que fût la conséquence de cette prohibition en l'occurrence. L'article 1157 ne saurait servir à atteindre ce résultat.

SECTION II

Parts sociales recueillies par succession pendant la communauté

187. Les biens meubles ou immeubles échus aux époux pendant le mariage sont propres sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. En ce qui concerne les parts

sociales, plusieurs hypothèses sont à envisager. L'époux peut hériter d'une part sociale, seul ou en concours avec d'autres héritiers. La part sociale possédée par son auteur pouvait être une action ou une part d'intérêt. Ces circonstances diverses créent des situations juridiques différentes qui demandent à être étudiées distinctement.

188. Examinons d'abord l'hypothèse la plus simple.

A. — L'époux est seul héritier. — a) La succession comprend des actions : l'époux héritier en devient propriétaire aux lieu et place de son auteur, et elles n'entrent pas dans la communauté réduite aux acquêts d'entre lui et son conjoint.

Cependant l'usage s'est répandu d'apporter des restrictions à la libre transmissibilité des actions. Ces restrictions, qui visent surtout les cessions à titre particulier, touchent aussi les transmissions par succession. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple récent, que les actions, émises par la Compagnie Fermière de l'Etablissement Thermal de Vichy lors de son augmentation de capital décidée par l'assemblée extraordinaire du 29 juin 1928, ne sont transmissibles par suite de succession, donation ou legs, qu'à des parents en ligne directe ou en ligne collatérale jusqu'aux neveux et nièces inclusivement, ou encore au profit du conjoint de l'actionnaire¹. Si l'héritier, le donataire ou le légataire ne présente pas ces conditions de parenté ou d'alliance avec le défunt ou le donateur, il ne pourra acquérir les actions B comprises dans la succession, la donation ou le legs qu'avec l'agrément du Conseil d'administration. Celui-ci, au cas où il lui refuserait son agrément, devra lui désigner un acquéreur moyennant un prix fixé suivant un certain taux de capitalisation basé sur la moyenne des dividendes des trois derniers exercices. L'époux héritier, donataire ou légataire, dans ce dernier cas, ne deviendra pas actionnaire ; il encaissera seulement le prix de cession des actions B à l'acquéreur désigné par le Conseil d'administration ; cette somme d'argent étant consommable par le premier usage entrera dans la caisse commune, mais comme elle représente un bien qui eût dû rester propre à cet époux, la communauté lui en devra récompense à la dissolution.

1. Notice insérée au *Bulletin des Annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* du 9 juillet 1928, n° 28.

189. Si l'époux devient actionnaire au lieu et place de son auteur, il faudra distinguer suivant que les actions possédées par ce dernier étaient nominatives ou au porteur. — Si elles étaient au porteur, la propriété en sera transmise à l'époux vis-à-vis de tout le monde, sans qu'il ait à remplir aucune formalité. Il pourra, à la dissolution de la communauté, si elles existent encore, en exercer la reprise en nature à la condition toutefois de justifier qu'il les a recueillies par succession. Nous étudierons ultérieurement les règles qui gouvernent cette preuve. Disons tout de suite qu'il sera prudent de dresser un inventaire régulier de ces actions après le décès. — Si les actions étaient nominatives, l'époux devra en faire opérer le transfert à son nom sur les registres de la société. A cet effet, il devra produire à la société les pièces propres à justifier de sa qualité d'héritier. Il s'agit là d'un transfert d'ordre. Les transferts d'ordre sont ceux qui s'appuient sur un acte distinct de la déclaration de transfert ; les transferts réels, au contraire, s'effectuent sur une simple déclaration de transfert signée de celui au nom duquel est immatriculé l'ancien titre¹.

190. Au lieu de faire opérer le transfert à son nom des actions nominatives de son auteur, l'époux héritier pourrait les faire convertir en actions au porteur. Mais les actions au porteur qui lui seraient ainsi délivrées ne tomberaient-elles pas dans la communauté ? Pour le soutenir on pourrait se servir de deux sortes d'arguments : 1^o les titres au porteur sont des choses fongibles ; 2^o toutes les acquisitions réalisées pendant le mariage, autrement qu'à titre lucratif ou à titre de remploi de propres conformément à l'article 1434 C. Civ., entrent en communauté. Or, les actions au porteur délivrées à l'époux sont des actions nouvelles ; elles ne sont acquises ni à titre lucratif, puisqu'elles en remplacent d'autres qui se trouvaient déjà dans le patrimoine de cet époux, ni à titre de remploi régulier de propres, puisque les formalités de l'article 1434 n'ont pas été accomplies. — Nous avons répondu déjà au premier argument. Quand bien même les titres au porteur seraient des choses fongibles, ils ne sont pas consommables par le premier usage, ils portent un numéro qui les individualise, ils ne tombent donc pas dans la communauté

1. V. BEZARD-FALGAS, *Tr. th. et prat. du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, 3^e éd., nos 48 et 65.

comme y tombe une somme d'argent. — Quant au deuxième argument, il ne tient pas davantage. Les actions au porteur délivrées en échange d'actions nominatives au titulaire de celles-ci ou à son ayant-cause ne constituent pas des actions nouvelles. Ces actions au fond sont les mêmes ; seule leur forme a changé ; elles ne proviennent pas d'un titre d'acquisition nouveau ; elles conservent d'ailleurs les mêmes numéros ; il n'y a donc pas remploi, et l'article 1434 est hors de cause ; aussi doit-on considérer ces actions au porteur comme propres, de même que les actions transférées au nom de l'époux. Le Tribunal Civil de la Seine a consacré cette solution dans un jugement du 28 mai 1898¹. Il en a déduit que les créanciers de la communauté ne pouvaient prétendre à aucun droit sur des titres au porteur provenant de la conversion requise par le mari de titres nominatifs propres à la femme.

191. Ajoutons enfin que si l'époux héritier veut seulement toucher les dividendes y afférents, il n'a pas besoin de faire transférer à son nom ou convertir au porteur les actions nominatives de son auteur. Les sociétés paient généralement, en effet, les dividendes à la personne qui présente le titre nominatif sans vérifier son identité, alors même que ce ne serait pas un titre mixte². Si donc, à la dissolution de la communauté, les actions sont encore immatriculées au nom de son auteur, l'époux ou ses ayants-droit pourront en exercer la reprise. Mais il s'agit là d'une question de justification de propres que nous retrouverons plus tard.

192. b) Supposons, maintenant, que le défunt, à la succession duquel est appelé l'époux, possédait une part d'intérêt. En principe, les sociétés de personnes sont dissoutes par la mort de l'un des associés (art. 1865 C. Civ.). L'époux ne devient donc pas associé. Il recueille seulement la part de son auteur dans l'actif net de la société. Si, tout l'actif social ayant été réalisé, il reçoit en représentation de ses droits une somme d'argent, celle-ci tombe dans la communauté à charge de récompense. Si, au contraire, il lui est attribué des corps certains faisant partie du patrimoine de la société (immeubles, fonds de commerce, etc...), ces biens lui constituent-ils des propres ? En admettant que, d'une part, l'effet déclaratif du

1. *Rev. Soc.*, 1899, p. 420.

2. WAHL, *Précis*, n° 1506.

partage soit applicable à la communauté d'acquêts, ce que nous allons examiner un peu plus loin (en étudiant l'hypothèse où l'époux est en concours avec d'autres héritiers), et que, d'autre part, l'effet déclaratif en matière de partage de sociétés remonte à la dissolution de la société, la réponse est affirmative. Mais si, comme nous, on ne reporte l'effet déclaratif du partage qu'à l'achèvement de la liquidation, l'époux se trouve saisi au décès de son auteur et la communauté se trouve en présence d'un droit de créance mobilier contre la société, que viennent remplacer les biens échus en partage à cet époux. La question est alors assimilable à celle de savoir si, lorsqu'un époux possède une part sociale propre, et que la société se dissout pendant la communauté, les biens en nature attribués par le partage à cet époux lui deviennent propres de plein droit au lieu et place de la part sociale à laquelle ils succèdent. Nous examinerons cette question ultérieurement¹.

193. Le principe d'après lequel les sociétés de personnes sont dissoutes par la mort de l'un des associés est susceptible d'être écarté par une stipulation contraire. On peut stipuler que la société continuera avec l'héritier de l'associé décédé, ou seulement entre les survivants (art. 1868 C. Civ.). Dans cette dernière hypothèse, la situation de l'époux héritier ressemble à celle qu'il a en cas de dissolution, en ce qu'il ne devient pas associé. On évalue la part de son auteur en se basant sur la valeur de l'actif social au décès de ce dernier et en tenant compte des droits ultérieurs qui sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant le décès (art. 1868). Y a-t-il lieu de procéder à une liquidation et à un partage réels de la société à l'égard de l'héritier de l'associé décédé, de telle sorte que cet héritier soit rempli de ses droits en valeurs d'inventaire ? Certains auteurs, arguant des termes de l'article 1868 C. Civ., le prétendent² et un arrêt ancien de la Cour de Caen³ a décidé que l'héritier de l'associé n'a pas le droit de demander à être payé en argent, qu'il doit être réglé en

1. V. *infra*, titre III.

2. GUILLOUARD, *Cont. de Soc.* n° 352 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 407.

3. Caen, 10 novembre 1857, S. 1859, II, 31, J. Pal. 1858, 779, D. P. 1859, II, 50.

valeurs d'inventaire conformément aux articles 1872, 1873, et 826 C. Civ., et ce, alors même qu'il aurait été stipulé que la part de l'associé décédé serait fixée d'après le dernier inventaire social ayant précédé le décès, — clause fréquente en ce cas. Il paraît plus conforme à l'intention des parties d'interpréter la clause de continuation de la société entre les seuls survivants comme ne comportant qu'une liquidation fictive en vue de déterminer la valeur de la part de l'associé décédé et un règlement en espèces de la valeur de cette part à l'héritier¹. Ce serait entraver le fonctionnement de la société, et par cela même aller à l'encontre du but visé par la clause dont s'agit, que de dépouiller la société d'une partie de ses ressources. L'époux héritier de l'associé décédé ne doit donc recevoir, en cette hypothèse, qu'une somme d'argent en représentation de la part de son auteur dans la société, somme qui entrera dans la communauté à charge de récompense. Si l'on pense au contraire que l'époux associé a, non pas une créance de somme d'argent, mais le droit d'être alloti en biens sociaux, on est conduit à adopter, sur la question de savoir si les biens composant son allotissement doivent être déclarés propres ou communs à charge de récompense, la même solution que dans le cas où la société est dissoute par la mort de l'auteur de l'époux.

194. Il se peut, au cas de clause de continuation de la société entre les survivants, que l'un des associés survivants soit l'héritier de l'associé décédé. Deux manières de régler la situation sont concevables. Ou bien on décidera que l'associé héritier succédera à la totalité de la part sociale du défunt, laquelle accroîtra à la part qu'il possédait déjà. Et si, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, il avait conservé propre cette part primitive, la nouvelle part acquise par lui à titre héréditaire lui deviendra propre également². Ou bien on décidera que la part de l'associé décédé accroîtra à celle de chacun des survivants. Elle ne passera pas exclusivement à celui d'entre eux qui est l'héritier : il devra la partager

1. PONT, n° 720 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 316 ; ARTHUYS, II, n° 729 ; THALLER et PIC, n° 597.

2. Il se pourrait que la part possédée primitivement par l'associé survivant fût commune. La part qu'il recueillerait dans la succession de son co-associé décédé lui devenant propre, il posséderait donc dans la même société à la fois une part propre et une part commune.

avec ses co-associés. Mais ceux-ci seront tenus de lui verser une indemnité représentative de la fraction de la part sociale du défunt qu'ils acquerront. Cette indemnité ne tombera dans la communauté de l'associé héritier qu'à charge de récompense à son profit. De ces deux modes de règlement, le premier est le plus simple, puisqu'il n'exige aucune estimation de la part sociale du défunt, donc aucune liquidation ; il est conforme aux principes de la dévolution héréditaire ; le second fait peut-être une application plus exacte ou du moins plus littérale de la clause dont s'agit.

195. Le pacte social peut aussi disposer, avons-nous dit, que la société continuera avec l'héritier de l'associé décédé. Si celui-ci est un associé en nom, son héritier deviendra, comme lui, associé en nom, à moins qu'il soit stipulé que l'héritier de l'associé décédé deviendra seulement commanditaire. De toute façon la part d'intérêt que l'époux recueille dans la succession de son auteur lui reste propre à titre de propre parfait, de même que l'action.

196. c) Considérons enfin les parts dans les sociétés à responsabilité limitée. L'article 36 de la loi du 7 mars 1925 décide que ces sociétés ne sont point dissoutes par la mort d'un des associés, sauf stipulation contraire des statuts. Cet article ne précise pas à qui reviendra la part du défunt : à son héritier ou aux co-associés survivants à charge par ceux-ci d'indemniser l'héritier ? Autrement dit, la société subsistera-t-elle entre les seuls associés survivants, ou bien avec l'héritier de l'associé décédé ? Pour exclure ce dernier de la société on pourrait invoquer le texte primitif du projet qui comprenait un article 39 ainsi conçu : « La société n'est point dissoute par la mort, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ; elle continue de plein droit avec les autres », donc, sans l'héritier de l'associé décédé. L'article 36 actuel ne comporte plus cette disposition finale. Cette suppression semble avoir été réalisée non pas en faveur de l'admission de l'héritier dans la société, mais uniquement dans le but de ne pas rendre obligatoire la continuation de la société après le décès d'un associé¹. Le projet primitif ne conserve-t-il pas, dès lors, sur le point en question, toute sa vigueur ? Nous ne le pensons pas. En présence du texte

1. V. Rapport Manceau, sous art. 39.

actuel, on doit décider que l'héritier prend la place de son auteur dans la société. Cette solution nous est dictée par les principes généraux de notre droit, d'après lesquels l'héritier succède à tous les droits et obligations du défunt, continue la personne de ce dernier. Puisque la société n'est pas dissoute, la part du défunt passe à son héritier tout naturellement. En l'absence d'une disposition formelle de la loi, le texte du projet primitif sus rapporté n'a en lui aucune force légale pour exclure, contrairement aux principes généraux, cet héritier de la société en ne lui accordant qu'une indemnité. Qu'on n'objecte pas *l'intuitus personæ*. Certes, il n'est pas étranger aux sociétés à responsabilité limitée. Mais il y est plus faible que dans les sociétés de personnes proprement dites. C'est ainsi qu'il suffit du consentement de la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social pour rendre les cessions entre vifs de parts opposables à la société à responsabilité limitée (art. 22, l. 7 mars 1925). En disposant qu'une telle société n'est pas dissoute par l'interdiction, la faillite, la déconfiture ou la mort d'un des associés, contrairement aux sociétés de personnes (art. 1865 C. Civ.), l'article 36 de la loi du 7 mars 1925 porte une autre atteinte à *l'intuitus personæ*. L'héritier d'un associé à responsabilité limitée succédera donc au défunt dans la société¹, et conservera en propre la part sociale qu'il acquerra ainsi, tout comme s'il recueillait la succession d'un actionnaire ou du titulaire d'une part d'intérêt transmissible par décès en vertu d'une clause des statuts. Dans l'opinion qui soutient au contraire que la société à responsabilité limitée continue entre les survivants seulement, il faudrait appliquer les solutions données au cas de clause des statuts d'une société de personnes stipulant la continuation de la société après le décès d'un associé entre les seuls survivants : l'indemnité donnée à l'époux héritier en représentation des droits de son auteur entrerait dans la communauté à charge de récompense.

197. B. — L'époux héritier au lieu d'être seul héritier peut avoir des co-héritiers. Il ne recueillera alors qu'une part indivise de la part sociale de son auteur. Cette part indivise lui restera propre sans aucun doute, et, si aucun partage

1. En ce sens, LÉPARGNEUR, *La Loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, n° 23 ; PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, n° 261.

n'intervient pendant la communauté, il la reprendra en nature à la dissolution de celle-ci ; que par un partage ultérieur, la part sociale tout entière du *de cujus* lui soit attribuée ou qu'elle soit attribuée à ses co-héritiers, cette part sociale ou les biens qui lui seront donnés en compensation ne sauraient bien certainement tomber dans une communauté qui n'existe plus. Mais si le partage a lieu au cours de la communauté, quelle influence ses résultats relativement à la part sociale auront-ils sur la composition respective des patrimoines propre et commun ?

198. Nous ne nous attarderons pas sur l'hypothèse où la société serait dissoute par le décès du *de cujus*. On procédera alors à la liquidation de la société et au partage de l'actif net. Les biens sociaux qui seront mis au lot de l'associé décédé seront réunis aux autres biens composant sa succession, et le tout sera partagé entre ses héritiers. Que celui ou ceux d'entre eux, qui seront mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, obtiennent ou non par le partage des biens provenant de la société dissoute, peu nous importe. La question qui se posera sera de savoir si les biens à eux attribués leur resteront propres comme représentant leurs droits héréditaires. La solution de cette question ne sera influencée par aucune considération propre à la part sociale, à laquelle seront substitués dans la masse partageable des biens quelconques. — Si la société subsiste entre les survivants seulement, l'indemnité qui sera versée aux héritiers de l'associé décédé, à supposer qu'elle leur soit payée directement à chacun d'eux pour leur part héréditaire, et ne soit pas mise dans la masse partageable, entrera à charge de récompense dans la communauté d'acquêts qui existerait entre l'un quelconque d'entre eux et son conjoint.

199. L'hypothèse qui va nous retenir est celle où la société continue avec les héritiers de l'associé décédé, qu'il s'agisse soit d'une société anonyme, soit d'une société en commandite par actions, soit d'une société civile par actions, soit d'une société à responsabilité limitée, soit d'une société de personnes dont les statuts comportent une clause en ce sens. Que va devenir au décès de l'associé sa part sociale ? Que va-t-elle devenir consécutivement au partage ? Dans quelle mesure les changements apportés par le partage à la condition de cette part sociale influenceront-ils sur la communauté d'acquêts

de l'époux héritier ? Telles sont les questions qui se présentent à nous.

200. D'abord, que devient la part sociale du *de cujus* à son décès ? Elle fait partie de cette masse de biens qui composaient le patrimoine du défunt et dont la transmission aux héritiers rend ces derniers co-propriétaires par indivis. Il semblerait donc que cette part sociale — intérêt ou action — dût être indivise entre les héritiers. Mais l'état d'indivision frappe-t-il tous les biens compris dans la succession ? N'y en a-t-il pas certains qui, en raison de leur nature, se divisent de plein droit entre les héritiers dès le jour du décès ? Il en est précisément ainsi des créances, d'après l'article 1220 du Code Civil. Toutefois, en ce qui les concerne, surgit une objection tirée des articles 832 et 883 C. Civ. L'article 832 dit à propos du partage qu'« il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de *créances* de même nature et valeur ». Cette disposition touchant les créances ne s'explique pas, si les créances se sont divisées de plein droit au jour du décès. Suivant l'article 883 « chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ». Cet article paraît viser tous les effets de la succession sans distinction. A quoi bon alors proclamer que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers, si le partage effectué conformément à la règle de l'article 832 vient détruire les effets de cette division ! Plusieurs systèmes ont été imaginés pour concilier les dispositions, en apparence contradictoires, des articles 1220 d'une part, 832 et 883 d'autre part. Nous les indiquerons plus loin. Il nous suffira de constater, pour le moment, que tout le monde admet aujourd'hui qu'en vertu de l'article 1220 les créances se divisent de plein droit entre les héritiers au jour du décès, sauf à déterminer la portée de cette division. Nous avons analysé en un droit de créance la part dans une société douée de personnalité. Une telle part sociale se divise donc de plein droit entre les héritiers au jour du décès suivant leurs quotités héréditaires.

201. Ne faut-il pas cependant excepter les actions et les parts dans les sociétés à responsabilité limitée. Elles sont, en effet, indivisibles, et l'article 1220 C. Civ. ne s'applique

pas aux créances indivisibles. Il ne faut pas se laisser emporter par les mots. Il convient de préciser le sens de « l'indivisibilité de l'action ». Il s'agit là d'une règle généralement posée par les statuts, mais admise même en l'absence d'une stipulation expresse. On peut d'ailleurs la faire découler de l'article 34 C. Com. Elle a pour but de simplifier les rapports entre la société et les co-propriétaires d'une action. Elle s'oppose à ce que ceux-ci fassent valoir individuellement pour leur part les droits attachés à l'action, par exemple à ce qu'ils réclament chacun la fraction de dividende qui leur revient ou assistent aux assemblées ; ils doivent s'entendre pour désigner celui qui les représentera. Mais cette indivisibilité n'a lieu qu'à l'égard de la société, dans l'intérêt de laquelle seule elle a été stipulée¹. Elle n'empêche pas la division de l'action entre les héritiers dans leurs rapports entre eux ; elle ne fait pas obstacle, notamment, à ce que le dividende touché par leur représentant soit réparti entre eux suivant leurs droits. Ils peuvent ainsi jouir privativement des avantages que leur procure leur part d'action. L'article 1220 est donc applicable aux actions comme aux parts d'intérêt, qui sont les unes et les autres des droits de créance².

202. Il est à noter que la division s'opère relativement à chaque action sur l'ensemble des actions similaires comprises dans la succession. Supposons, par exemple, que le défunt possédât un nombre d'actions d'une même société et de même catégorie exactement divisible par le nombre de ses héritiers, ceux-ci ayant droit chacun à une part virile. On pourrait concevoir que la division édictée par l'article 1220 ait pour effet d'attribuer à chaque héritier le nombre d'actions qui mathématiquement lui revient. Il n'en est pas

1. LYON-CAEN et RENAUULT, II, n° 596.

2. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n° 3279 ; Toulouse 7 mars 1904, D. P. 1904. II. 333 et la note ; Nancy 28 juillet 1891, *Gaz. Pal.* 1891. II. 552. Dans les deux espèces il s'agissait d'actions de sociétés civiles. En faveur de la division de telles actions entre les héritiers l'arrêt de Nancy dit que l'article 34 C. Com., qui empêche le fractionnement des actions, ne s'applique pas aux sociétés civiles. Il y a lieu d'écarter cet argument qui tend à faire repousser la division entre les héritiers des actions des sociétés de commerce. L'article 34 C. Com., s'il consacre l'indivisibilité des actions, n'a pas cette portée, comme nous croyons l'avoir démontré au texte.

ainsi ; chaque action a son individualité, forme un bien distinct, et est par conséquent soumise à division indépendamment des autres.

La division des parts d'intérêt s'opère un peu différemment. Tout d'abord la règle de l'indivisibilité n'existe pas à leur égard, tout au moins à défaut de stipulation expresse. Puis chaque associé, généralement, ne possède qu'une part non fractionnée en un nombre plus ou moins grand de titres. En conséquence sa part, à son décès, se divise de plein droit entre ses héritiers suivant la quotité de leurs droits. Chacun d'eux devient associé pour une fraction de la part du *de cujus* correspondant à celle qu'il a dans l'ensemble de la succession. Dans cette mesure, et à défaut de clause contraire du pacte social, il exerce individuellement tous les droits et est soumis de même à toutes les obligations de son auteur à l'égard de la société.

203. Telle est la situation produite au décès par l'article 1220 C. Civ., relativement aux parts sociales laissées par le défunt¹. La fraction divise de ces parts qui reviendra ainsi à l'héritier marié sous le régime de la communauté d'acquêts constituera pour lui naturellement un propre ; il l'aura bien recueillie, en effet, directement du *de cujus*. Survient ensuite le partage. Il peut sans doute consacrer purement et simplement la division des parts sociales, telle que l'a accomplie l'article 1220, notamment en ce qui concerne les parts d'intérêt. Mais il peut aussi la modifier.

S'il s'agit d'actions, il la modifiera très certainement : il attribuera à chaque héritier un certain nombre d'actions en pleine propriété, au lieu de lui laisser une fraction de chaque action. Des considérations pratiques imposent cette opération. Au lieu de n'avoir que des titres communs avec ses cohéritiers, l'héritier possédera en propre les titres qui lui seront attribués. Il pourra exercer individuellement à l'égard de la société tous les droits attachés aux actions mises dans son lot.

1. Si le défunt était membre d'une société dénuée de personnalité (société civile, sauf controverse, association en participation), l'article 1220 serait évidemment inapplicable à sa part dans une telle société. Ses héritiers entreraient dans l'indivision non seulement entre eux relativement à cette part mais encore avec les associés survivants. Ils acquerraient une part indivise portant sur tous les biens sociaux.

S'il s'agit d'intérêts, ces considérations seront hors de propos, puisque, en l'absence de stipulation contraire des statuts, chaque héritier pourra, dès le jour du décès, faire valoir individuellement tous ses droits à l'encontre de la société, l'article 1220 jouant pleinement en l'espèce. Néanmoins, pour divers motifs, notamment pour des raisons de convenances personnelles, un héritier pourra abandonner à un autre ou aux autres sa part d'intérêt en échange d'un autre bien de la succession¹. Si, par exemple, le défunt possédait des intérêts dans des sociétés différentes en nombre égal à celui de ses héritiers, chacun de ceux-ci pourra prendre la totalité de l'intérêt de son auteur dans l'une de ces sociétés, abandonnant à ses co-héritiers sa part d'intérêt dans les autres sociétés, sauf compensation des différences de valeur qui existeraient entre ces divers intérêts au moyen d'autres biens de la succession ou de soultes.

204. Les combinaisons sont susceptibles d'une très grande variété. Nous nous bornerons à citer les précédentes. Elles

1. Nous pensons qu'un acte de ce genre, bien qu'apparaissant comme une cession de part d'intérêt par un héritier à un autre, ne nécessite pas le consentement des autres associés. Il porte, en effet, sur un intérêt qui, par hypothèse, était transmissible par décès. Les associés survivants étaient obligés d'accepter comme co-associés les héritiers du décédé. Que l'un d'entre ceux-ci décline cette qualité au profit de l'un de ses co-héritiers, les associés survivants n'ont rien à dire à cela, au contraire, puisque le nombre des personnes, dont le concours leur est imposé, diminue de ce fait. D'ailleurs, dans les sociétés à responsabilité limitée, les cessions entre associés ne sont pas soumises à l'agrément des autres associés (art. 22, I. 7 mars 1925 par *a contrario*). Enfin, en vertu de l'effet déclaratif du partage, l'héritier attributaire d'un intérêt est censé avoir succédé seul et immédiatement au défunt quant à cet intérêt. Que si la clause de continuation de la société avec eux est obligatoire pour les héritiers, dès lors qu'ils acceptent la succession (GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n° 301 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 389 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 212 ; *Contra*, PONT, nos 594 et 714), il suffit, semble-t-il, que l'un ou quelques-uns d'entre eux s'entendent avec leurs co-héritiers pour assurer l'exécution de cette clause, de manière à éviter soit la dissolution de la société, soit un retrait de valeurs sociales ou le versement d'une somme importante par les associés survivants. Quoi qu'il en soit, même si l'assentiment des autres associés est nécessaire, l'acte dont s'agit ne change pas de nature : il constitue un partage entre les héritiers, ou un acte équivalent à partage dans les termes de l'article 883 C. Civ., de la part sociale recueillie par succession.

nous permettent de dégager la question qui se pose pour nous. Nous excluons de suite l'hypothèse où le partage maintiendrait purement et simplement la division des parts sociales opérée par l'article 1220. Il est bien évident que la part qui serait ainsi attribuée définitivement à l'héritier marié sous le régime de la communauté d'acquêts lui resterait propre, puisqu'elle correspondrait exactement à sa quotité héréditaire. Mais les modifications apportées par le partage à la répartition des parts sociales résultant de l'article 1220 ne vont-elles pas entraîner des modifications dans la composition des patrimoines propre et commun ? Sans doute l'époux co-partageant conservera en propre la fraction de la part sociale de son auteur qui lui a été dévolue en vertu de l'article 1220. Mais si le partage lui en attribue une fraction supérieure, cet excédent de part sociale lui deviendra-t-il également propre ? Si au contraire, le partage lui octroie une part sociale moindre que celle déterminée par sa vocation héréditaire, il gardera en propre la totalité de cette part et l'on aura à se demander s'il aura droit à récompense pour le complément ou si les valeurs qu'il a reçues pour lui fournir ce complément ne lui deviendront pas propres à ce titre. La première hypothèse est celle qui offre pour nous le plus d'intérêt, puisque c'est sur le caractère propre ou commun d'une fraction de part sociale qu'elle pose le point d'interrogation. Aussi, est-ce à elle qu'iront nos plus longs développements.

205. Nous examinerons d'abord un cas, qui se trouve en quelque sorte à l'intersection des deux hypothèses précédentes, mais qui ne nous semble pas susceptible d'être controversé sérieusement. C'est celui où, s'agissant d'actions de même catégorie d'une même société, leur nombre dans la succession est exactement divisible entre les héritiers suivant leurs droits, et où le partage réalise cette division. Certes, l'héritier attributaire d'actions entières acquiert les parts de ses co-héritiers sur ces actions, tandis qu'il perd sa part sur les actions attribuées à ses co-héritiers. Mais cet échange de parts, ayant des objets absolument identiques, laisse la même étendue aux droits de chaque héritier à l'égard de la société ; il a seulement pour effet de lui en faciliter l'exercice. Pratiquement, c'est par ce dernier trait uniquement que se traduit le changement. Une modification de cette nature ne saurait apporter de variation dans le patrimoine propre de

l'époux co-partageant. Les actions à lui attribuées prendront de plein droit la place, dans son patrimoine propre, des fractions de ces mêmes actions, représentant un capital égal, et qui lui avaient été dévolues conformément à l'article 1220. L'article 1407, que l'on applique à l'échange de meubles propres, commande cette solution.

206. Abordons maintenant l'hypothèse où le partage attribue à l'époux héritier dans la société, à laquelle appartenait son auteur, une part supérieure à celle correspondant à sa quotité héréditaire. Peu importe qu'il s'agisse d'actions, d'intérêts ou de parts dans une société à responsabilité limitée, car, en ce cas, s'il s'agit d'actions, il n'y a pas seulement échange strictement égal de fractions d'actions entre les héritiers, il y a, en outre, acquisition par l'un d'eux de fractions d'actions de ses co-héritiers moyennant, pour contre-partie, l'abandon ou la dation de valeurs héréditaires ou non d'une espèce différente. Les fractions de parts sociales — actions ou intérêts — ainsi acquises deviennent-elles propres à l'époux attributaire, comme celles qui lui ont été dévolues au jour du décès conformément à l'article 1220, ou, au contraire, tombent-elles dans la communauté ? En faveur de leur nature de propres on pourrait être tenté d'invoquer par analogie l'article 1408, al. 1, C. Civ., aux termes duquel « l'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était co-propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition ». Mais cet article, écrit pour le régime de la communauté légale et prévoyant l'acquisition de portion d'un immeuble indivis, est-il susceptible d'être étendu à l'acquisition d'une fraction de part sociale héréditaire sous le régime de la communauté réduite aux acquêts ? Nous examinerons plus loin cette question. Auparavant, nous rechercherons d'après les principes, abstraction faite de la disposition de l'article 1408 al. 1, si ce supplément de part sociale ainsi obtenu par l'époux héritier constitue un propre ou un acquêt.

Nous croyons que le caractère propre de ce supplément de part sociale attribué à l'époux héritier par le partage peut être établi de deux manières : à l'aide de l'article 883 C. Civ., ou à l'aide de l'article 1407 C. Civ.

207. I. Il nous sera facile de montrer que l'article 883, si on le fait jouer en l'hypothèse, conduit à cette conclusion. D'après cet article, chaque co-héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. Qu'une part sociale du *de cujus* soit mise au lot de l'époux héritier, tout entière ou pour une fraction supérieure à celle correspondant à sa quotité héréditaire, ce dernier est censé la tenir directement du défunt, à titre héréditaire, et, par suite, elle lui constitue un propre pour le tout. Mais cela suppose que l'article 883 est applicable d'abord aux parts sociales, ensuite à la communauté réduite aux acquêts.

208. 1^o L'article 883 est-il applicable aux parts sociales ? Telle est la première question à résoudre, car, dans la négative, il est bien évident que l'on ne saurait se prévaloir de l'article 883, en ce qui les concerne, à l'encontre de la communauté d'acquêts. Nous avons dit que l'article 1220 opérerait la division des parts sociales, qui sont des droits de créance, dès l'instant du décès, entre les héritiers suivant leur vocation héréditaire. Si par le partage subséquent, il est attribué à l'un d'eux une fraction supérieure de part sociale, celui-ci doit-il être considéré comme acquérant la fraction excédante de ses co-héritiers ou comme la tenant elle-même directement du défunt en vertu de l'effet déclaratif du partage ? Autrement dit, l'application immédiate de l'article 1220 aux créances ne fait-elle pas obstacle à l'application ultérieure de l'article 883 à leur endroit ? On l'a soutenu¹. Cette opinion avait notamment pour conséquence d'obliger l'attributaire d'une créance successorale à remplir les formalités édictées par l'article 1690 relativement aux cessions de créances, pour rendre son titre opposable aux tiers. Mais elle est aujourd'hui abandonnée. Aux termes de l'article 832, en effet, il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. Cette disposition ne pourra être observée, à l'égard des créances, qu'en détruisant la division opérée par l'article 1220. Faut-il considérer celle-ci comme rétroactivement anéantie au jour de l'ouverture de la succession et annuler tous les actes faits, *in medio tempore*, par un héritier ou de son chef relativement à sa part (extinction,

1. Huc, V, n^o 448.

cession, saisie-arrêt, etc.) ? On l'a dit autrefois et certains arrêts anciens se sont appuyés sur cette doctrine¹. Une solution aussi radicale n'est pas sans inconvénient et elle enlève à l'article 1220 toute utilité. Le parti le meilleur semble donc se trouver dans un essai de conciliation des articles 832 et 883 d'une part et 1220 de l'autre. Plusieurs systèmes ont été proposés à cet effet. Il nous suffira d'indiquer les deux principaux :

a) Dans un premier système, suivi d'abord par la jurisprudence, on reconnaît successivement la souveraineté de l'article 1220 d'abord, puis des articles 832 et 883. Le premier règne jusqu'au partage, les deux autres postérieurement sans rétroactivité. Par suite, tous paiements², ou compensations³ effectués, toutes cessions opérées⁴, toutes saisies-arrêts pratiquées⁵, avant le partage, relativement à la part d'un co-héritier dans une créance de la succession, demeurent pleinement valables, même si ladite créance est mise au lot d'un autre que celui du chef duquel ces actes proviennent. Par contre, l'attribution de la totalité d'une créance à l'un des héritiers présente le caractère déclaratif et n'a pas besoin d'être notifiée au débiteur ou acceptée par lui dans un acte authentique, conformément à l'article 1690, pour devenir opposable aux tiers.

b) Dans un autre système, indiqué par l'arrêt des Chambres Réunies de la Cour de Cassation en date du 5 décembre 1907⁶, l'article 1220 régirait seulement les rapports de chaque co-héritier avec le débiteur jusqu'au partage. Cette disposition aurait pour but de régler la situation du débiteur pendant l'indivision, de façon à ce qu'il ne puisse, d'une part, profiter du défaut de concours de tous les héritiers — concours souvent difficile ou long à réaliser — pour se soustraire plus ou moins longtemps à l'exécution de son obligation, ou que,

1. Cass. Req. 24 janvier 1837, S. 1837, I, 110 ; Civ. 20 décembre 1848, S. 1849, I, 179.

2. Paris 20 mai 1892, D. P. 1892, II, 357.

3. Cass. Civ. 4 décembre 1866, S. 1867, I, 5, D. P. 1866, I, 470.

4. Toulouse 7 mars 1904, D. P. 1904, II, 333.

5. Cass. Civ. 23 mars 1881, S. 1882, I, 217, D. P. 1881, I, 417.

6. S. 1908, I, 5, note de M. LYON-CAEN, D. P. 1908, I, 113, note de M. Ambroise COLIN.

d'autre part, l'un des héritiers ne puisse toucher la totalité de la créance, ses co-héritiers n'ayant plus qu'un recours contre lui soumis aux risques de son insolvabilité. Ces considérations détermineraient la portée de l'article 1220 : ainsi, il rendrait inattaquables tous paiements, compensations effectués par un co-héritier pour sa part, bien que, par le partage subséquent, la créance fût attribuée à un autre. Mais il n'y aurait pas lieu, les motifs précités ne l'exigeant pas, de l'étendre aux rapports des co-héritiers entre eux pendant la période antérieure au partage ; l'article 883 reprendrait alors son empire. De la sorte, tous les actes de disposition consentis par un co-héritier¹, toutes les saisies-arrests pratiquées contre lui², pendant cette période, sur sa part, seraient nuls, si la créance était mise au lot d'un autre. De même — et sur ce point ce système concorde avec le précédent — l'attribution d'une créance héréditaire serait dispensée des formalités de l'article 1690.

Nous ne rechercherons pas de ces deux systèmes celui qui doit être préféré. Il nous suffira de retenir que l'un et l'autre maintiennent le principe de l'effet déclaratif du partage, en ce qui concerne les créances héréditaires. L'application de l'article 1220 aux parts sociales, fondée sur leur nature de droits de créance, ne saurait donc exclure l'application de l'article 883 à leur égard, pas plus qu'à l'égard de toute autre créance³. En conséquence, le co-héritier est censé tenir directement du défunt la part sociale qui lui est attribuée, que ce soit la totalité de la part sociale du défunt ou une fraction supérieure à celle que lui avait donnée la division de l'article 1220. S'il est marié sous le régime de la communauté d'acquêts, lui restera-t-elle propre pour le tout ? L'un et l'autre systèmes proposés pour la conciliation des articles 1220 et 883 conduisent aussi bien à l'affirmative. Il n'y a qu'un cas où un héritier aurait cédé avant le partage sa fraction de part sociale à un tiers et que cette part fût attribuée en tota-

1. Cass. Req. 15 janvier 1909, S. 1911, I, 441, D. P. 1911, I, 435.

2. Cass. Req. 2 juin 1908, S. 1909, I, 196, D. P. 1909, I, 14.

3. V. not. pour l'application de l'article 883 aux meubles incorporels en général : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n° 3277 ; et spécialement aux actions : BEZARD-FALGAS, *Tr. th. et prat. du contentieux des transferts d'actions et d'obligations nominatives*, n° 328 ; et aux parts des sociétés à responsabilité limitée, PIC et BARATIN, n° 261.

lité à un autre héritier, qu'une divergence se produirait entre les deux systèmes. D'après le premier, cette cession serait valable à l'égard de l'attributaire¹ ; celui-ci n'aurait qu'un recours contre le cédant, dont le produit entrerait en communauté à charge de récompense. D'après le second, cette cession, au contraire, ne serait pas opposable à l'attributaire, qui, conservant la totalité de la part mise dans son lot, la garderait tout entière comme propre.

209. 2^o Mais pour établir le caractère propre de la part sociale attribuée à l'époux héritier il ne suffit pas de démontrer que l'article 883 est applicable aux parts sociales, il faut encore prouver que cet article est applicable à la communauté d'acquêts. Sur ce dernier point, la discussion est semblable à celle que nous avons exposée à propos de la communauté légale. Nous ne la reproduirons pas. Rappelons seulement que la jurisprudence se prononce en faveur de l'application de l'article 883 à la communauté légale. Elle le déclare également applicable à la communauté réduite aux acquêts². Les raisons de décider sont évidemment les mêmes, qu'il s'agisse de la communauté légale ou de la communauté d'acquêts. D'ailleurs, les différences pouvant résulter, dans la composition de l'actif de la communauté, de l'application ou de la non application de l'article 883, sont beaucoup moins importantes, en matière de communauté d'acquêts qu'en matière de communauté légale. Sous le régime de la communauté d'acquêts, en effet, tous les biens meubles et immeubles advenus aux époux pendant la communauté par succession leur demeurent propres. Or, l'ensemble des biens mis par le partage au lot d'un héritier, marié sous ce régime, doit être d'une valeur égale à celle de la part indivise de cet héritier dans la succession. Si ce dernier recevait des biens d'une valeur supérieure à celle de cette part, une soulte serait mise à sa charge pour rétablir l'égalité entre les co-partageants, et, à supposer qu'elle fût payée au moyen de deniers communs, la communauté aurait droit à récompense. Aussi, n'y a-t-il pas d'inconvénient à décider que les biens attribués à l'époux co-héritier lui demeurent propres aux lieu et place

1. Toulouse 7 mars 1904, D. P. 1904, II, 333.

2. Trib. Civ. Seine 16 mai 1887, *Pand. fr. pér.* 1889, II, 42 ; Rennes 9 juin 1928, *Gaz. Pal.* 17 octobre 1928.

de la part indivise par lui recueillie par succession. Si l'on décidait, au contraire, que cet époux ne conserve propre qu'une fraction, égale à sa quotité héréditaire, dans chacun des biens mis dans son lot, le surplus entrant dans la communauté, on ne saurait admettre que la communauté profitât de ce surplus sans récompense. Il s'ensuivrait des complications pour la liquidation et le règlement des droits respectifs des époux à la dissolution de la communauté. Au reste, personne ne conteste que, sous le régime de la communauté légale, les immeubles mis par le partage au lot de l'époux lui restent propres. C'est seulement pour rendre l'époux attributaire débiteur d'une récompense envers la communauté, au cas où la valeur desdits immeubles excéderait celle de sa part dans l'ensemble des biens immobiliers de la succession, qu'on déclare l'article 883 non applicable à la communauté. Mais si la question de l'application de l'article 883 à la communauté ne se traduit pratiquement que par une question de récompense, elle n'offre pas d'intérêt en matière de communauté d'acquêts. Tout en écartant dans cette mesure l'article 883, on devra, sous ce régime, de même que sous la communauté légale, considérer comme propres les immeubles mis au lot de l'époux co-partageant, mais pourquoi ne considérera-t-on pas aussi comme propres les meubles mis à son lot, puisque, sous ce régime, tous les biens meubles et immeubles, recueillis par succession, sont exclus de la communauté ? Les principes d'équité tiré de l'article 1437 C. Civ., et d'immutabilité des conventions matrimoniales, que l'on invoque spécialement pour repousser l'article 883, seront suffisamment respectés par l'octroi d'une récompense au profit de la communauté, si la valeur des biens attribués à l'époux co-partageant excède celle de sa part indivise dans la succession et que la communauté ait payé de ses deniers la soulte mise en conséquence à la charge dudit époux, ou d'une récompense au profit de cet époux, si les biens à lui attribués en raison de leur nature fongible se sont confondus avec les autres biens communs. Aussi est-on fondé à penser que la plupart des adversaires de l'application de l'article 883 à la communauté légale se rangeraient à cette solution en matière de communauté d'acquêts, se rencontrant avec les partisans de l'application de cet article, qui admettent tout aussi bien l'existence de récompenses dans les cas précités. Au surplus, même en regardant le partage comme attributif

à l'égard de la communauté d'acquêts¹, n'y a-t-il pas une autre disposition légale qui permette, en dehors de l'article 883, de rendre propres les biens attribués par le partage au cohéritier marié sous ce régime. C'est ce que nous allons examiner à présent.

210. II. D'après l'article 1407 C. Civ. « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné ; sauf la récompense s'il y a soulte ». On est d'accord pour étendre ces dispositions, écrites à propos de la communauté légale, non seulement à l'immeuble acquis en échange d'un immeuble propre sous le régime de la communauté d'acquêts, mais encore au meuble corporel ou incorporel acquis en échange d'un meuble propre sous le même régime². Or, si le partage n'est pas déclaratif vis-à-vis de la communauté, comment s'analyse-t-il à son égard ? En l'échange par chaque co-héritier de sa part indivise dans certains objets de la succession contre la part indivise de ses co-héritiers dans d'autres objets, dont il devient ainsi plein propriétaire. Au cas où c'est une part sociale qui est mise au lot d'un co-partageant, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, pour une fraction supérieure à celle qui lui avait été dévolue tout d'abord en vertu de sa vocation héréditaire, il acquiert cette fraction excédante appartenant à ses co-héritiers en leur cédant en échange sa part indivise dans d'autres biens de la succession.

1. Cf. DELOM DE MEZERAC, *Du Retrait d'indivision*, thèse Paris 1886 p. 127, note 10, d'après lequel faire intervenir l'effet déclaratif du partage en matière de communauté d'acquêts, « ce serait attribuer à l'article 883 une portée que le législateur n'a pas entendu lui donner ». Et certes, M. Delom de Mézerac tire de cette manière de voir une conséquence contraire à celle qui résulterait du caractère déclaratif du partage, c'est-à-dire favorable à la communauté. Son assertion s'accorde néanmoins avec la thèse que nous allons à présent exposer au texte, et qui conduit souvent aux mêmes solutions favorables au patrimoine propre que l'article 883. L'hypothèse qu'envisage M. Delom de Mézerac est, en effet, une des rares où le moyen, que nous allons indiquer comme susceptible d'être invoqué à défaut de l'article 883, ne joue pas, tandis que ce dernier joue. V. *infra*, p. 262, note 2.

2. PIOLET, *Etude sur la communauté réduite aux acquêts*, p. 74 ; HOCHART, *De la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris 1887, p. 120 ; DALL., *Jur. Gén. V^o Cont. de Mar.*, n^o 807.

Comme cette part indivise lui était propre aux termes de l'article 1498, la fraction de part sociale qu'il reçoit en échange lui devient propre conformément à l'article 1407¹.

211. Donc, que le partage soit considéré comme déclaratif ou attributif à l'égard de la communauté d'acquêts, la part sociale du *de cujus* mise au lot de l'époux héritier devra être déclarée propre à ce dernier. Cependant, suivant qu'on fonde cette proposition sur l'article 883 ou sur l'article 1407, son étendue ne varie-t-elle pas ?

212. Si l'on s'appuie sur l'article 883, on reconnaîtra la vertu de créer des propres à tous les actes qu'il régit. Ces actes sont ceux — partage pur et simple ou avec soulte, licitation, vente, cession de droits successifs — qui intervenant entre tous les intéressés font complètement cesser l'indivision. Cette condition de la cessation totale de l'indivision, critiquée par certains auteurs² comme contraire à la tradition³, est exigée par la jurisprudence⁴. La discussion s'ouvre alors sur le point de savoir quand elle sera réalisée. Dans l'interprétation la plus large, il suffirait que l'indivision cessât à l'égard d'un seul héritier, celui-ci ne reçût-il en représentation de ses droits qu'une somme d'argent de ses co-héritiers. Dans l'interprétation la plus stricte, il faudrait que l'indivision cessât à l'égard de tous les héritiers et de tous les biens héréditaires. Malgré les divergences que présentent les décisions rendues en la matière, on peut, nous semble-t-il, tenir pour acquis que la jurisprudence attache au moins l'effet déclaratif à tout acte, qui rend l'un des héritiers plein propriétaire d'un

1. On peut faire appel, au besoin, pour justifier cette solution, à la théorie de la subrogation réelle, dont le Code Civil a consacré plusieurs applications en matière de communauté (art. 1407, 1434 et 1435). Conf. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. Crit. 1901, not. p. 304 : « Il suffira pour qu'il y ait subrogation que le bien nouveau ne se fût pas trouvé dans les mains de son possesseur si le bien ancien n'y eût pas été. C'est le cas dans l'échange... De même pour le partage ; car, quelle que soit sa véritable nature : translatrice ou déclarative, il est bien certain qu'il amène dans le patrimoine des biens qui, sans les droits indivis anciens, n'y eussent pas été ».

2. AUBRY et RAU, X, p. 196 à 198 ; BAUDRY-LACANTINIERE et WAHL, *Successions*, III, n° 3313.

3. V. POTHIER, *Tr. de la Communauté*, nos 140 et 141.

4. Cf. not. Cass. Civ. 23 avril 1884, S. 1884, I, 209, D. P. 1885, I, 19.

bien déterminé de la succession, et relativement à ce bien, quand même les autres biens resteraient dans l'indivision¹.

Appliquons ce principe aux parts sociales. S'il s'agit d'un partage portant sur tous les biens héréditaires et attribuant une part sociale à un seul des héritiers, ou la répartissant par fractions égales ou non entre certains des héritiers à l'exclusion des autres, même avec stipulation de soulte au profit des héritiers exclus², ou même encore pour remplir l'attributaire ou les attributaires d'un rapport en moins prenant³ l'effet déclaratif se produit en ce qui concerne cette part sociale ou ces fractions de part sociale. De même s'il s'agit d'un acte attribuant la totalité d'une part sociale à l'un des héritiers et laissant les autres biens dans l'indivision, par exemple, d'une licitation ou d'une vente amiable à cet héritier par tous ses co-héritiers de leurs droits sur la part sociale du défunt. De même encore, s'il s'agit d'une cession de droits successifs consentie à l'un des héritiers par tous ses co-héritiers, par suite de laquelle le cessionnaire deviendra seul titulaire de la part sociale comprise dans la succession. Mais, si l'un des héritiers vend à tous les autres conjointement ses droits sur la part sociale du défunt à titre particulier ou par cession de droits successifs, ou que sur licitation plusieurs héritiers se rendent conjointement adjudicataires de ladite part sociale, l'effet déclaratif ne nous paraît pas devoir être admis, à moins que la licitation ou la vente ne constitue l'une des opérations d'un partage qui pour régler définitivement les droits des

1. Cass. Req. 9 décembre 1878, S. 1879, I, 404, D. P. 1879, I, 299 ; Civ. 21 mai 1895, S. 1895, I, 351, D. P. 1896, I, 9 ; Civ. 26 juin 1895, S. 1896, I, 481 ; Req. 23 mars 1903, S. 1905, I, 129. Cf. notes de M. WAHL, S. 1891, I, 417, sous Cass. 3 décembre 1890 ; S. 1896, I, 481, sous Cass. 26 juin 1895 précité ; S. 1900, I, 369, sous Cass. Civ. 12 mars 1900 ; S. 1905, I, 129, sous Cass. Req. 23 mars 1903 précité. M. Wahl estime, et nous sommes entièrement de cet avis, qu'en admettant l'effet déclaratif dans les conditions énoncées au texte, on n'apporte aucun tempérament à la condition de la cessation absolue de l'indivision entre tous les héritiers : en effet, à l'égard des biens allotis, l'indivision cesse d'une façon absolue entre tous les héritiers. MM. les Conseillers FAYE (rapport sous Cass. 26 juin 1895, S. 1896, I, 481) et FABREGUETTE (rapport sous Cass. Civ. 12 mars 1900, S. 1900, I, 369) pensent au contraire que cette solution constitue une restriction à la condition dont s'agit.

2. PLANIOL, III, n° 2382.

3. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Successions*, III, n° 3277.

parties comprenne dans la masse partageable le prix de la part sociale ; ces licitation ou vente ont alors, comme le partage lui-même avec lequel elles se confondent, un caractère purement déclaratif¹. Nous repousserons également l'effet déclaratif, dans le cas où un héritier vendrait à un seul de ses co-héritiers sa fraction de part sociale, on céderait à un seul d'entre eux ses droits successifs comprenant une fraction de part sociale. Ces dernières espèces de conventions, comme les précédentes, maintiennent la part sociale dans l'indivision entre plusieurs co-héritiers. Sans doute, semble-t-il inexact de parler d'indivision de la part sociale, alors que celle-ci est divisée de plein droit en vertu de l'article 1220. Mais, puisqu'on lui applique aussi l'article 883, cette division n'est pas définitive ; on peut dire qu'avant le partage ou l'acte équipollent elle est comme dans l'indivision. On est bien obligé de la considérer ainsi, au moins fictivement, pour apprécier si l'acte dont elle est l'objet, survenu entre les héritiers, fait cesser ou non à son égard l'indivision. On ne saurait, en effet, soustraire la part sociale à cette condition d'application de l'article 883. Nous avons posé cependant deux solutions en apparence contradictoires. Que par une cession à titre particulier ou une cession de droits successifs, un héritier abandonne à ses co-héritiers ou à l'un d'eux la fraction de part sociale recueillie par lui dans la succession, cet acte, avons-nous dit, ne sera pas déclaratif. Que par le partage portant sur tous les biens héréditaires, la part sociale soit répartie entre certains héritiers à l'exclusion des autres, cet acte sera déclaratif. Le résultat paraît le même dans les deux cas. Pourquoi admettons-nous l'effet déclaratif dans l'un et non dans l'autre ? C'est que, dans le second cas, le partage portant sur tous les biens de la succession, en opérant l'attribution privative, est indubitablement déclaratif ; la division de la part sociale, qu'il consacre, est définitive ; elle est semblable à celle des autres valeurs héréditaires, qui est faite par le même acte. Ainsi un fonds de terre peut être divisé matériellement entre tous les héritiers ou certains d'entre eux ; chaque parcelle bénéficie de l'effet déclaratif. Dans le premier cas, au contraire, l'acte est nettement translatif. La cession de la fraction de part sociale n'a pas pour contre-partie une valeur héréditaire mais une somme d'argent.

1. Cass. Civ. 11 janvier 1909, S. 1912, I, 49.

Si l'objet cédé était une part indivise dans un immeuble ou un meuble corporel, l'article 883 devrait être assurément écarté ; il doit l'être aussi et *a fortiori*, lorsqu'il s'agit d'une fraction de part sociale.

Dans toutes les hypothèses précitées où nous avons admis l'effet déclaratif, à supposer qu'il soit opposable à la communauté d'acquêts, la part sociale ou la fraction de part sociale, attribuée à un héritier marié sous ce régime, lui restera propre en totalité¹. Dans les hypothèses où nous avons écarté l'effet déclaratif, la fraction de part sociale que cet héritier tiendra de sa vocation héréditaire, conformément à l'article 1220, lui restera propre, mais celle qu'il acquerra en sus entrera dans la communauté.

213. Si, pour déterminer le caractère propre ou commun des biens allotis, on se fonde sur l'article 1407, rejetant complètement l'article 883, n'aboutira-t-on pas à des résultats quelque peu différents ?

Le partage pur et simple ou avec soulte peut être analysé en un échange de parts indivises pur et simple ou avec soulte ; il rentre par suite dans le domaine de l'article 1407. Que l'attribution de la part sociale résulte d'un tel acte, elle sera constitutive de propre. Toutefois, s'il s'agit d'un partage avec soulte, en sera-t-il de même, quelle que soit l'importance de la soulte mise à la charge de l'attributaire ? On résoudra la question d'après l'un des trois systèmes auxquels elle a donné lieu en matière d'échange avec soulte. Ou bien on reconnaîtra à l'article 1407 une portée absolue, cet article ne distinguant pas, et on déclarera propre la totalité de la part sociale attribuée à l'époux héritier, quelque considérable que soit la soulte à lui imposée². Ou bien appliquant la maxime « *major pars trahit ad se minorem* » on déclarera communes ou propres les fractions de part sociale acquises par l'époux de ses co-héritiers, suivant que la soulte qu'il devra supporter excédera ou non la moitié de la valeur des parts reçues de ses co-héritiers dans l'ensemble des biens héréditaires³. Ou bien on se conformera à la distinction sui-

1. *Sic*, en ce qui concerne les actions : JULIOT, *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts et conversions de titres nominatifs*, thèse Paris 1899, p. 131 et 132.

2. LAURENT, XXI, n° 357.

3. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 466.

vante, établie par la tradition¹ : si la soulte est minime par rapport à la valeur des parts cédées aux co-héritiers, on regardera comme propre la part sociale mise au lot de l'époux héritier ; si la soulte est importante, on décidera que les parts venant de ses co-héritiers dans les biens attribués à cet époux seront propres jusqu'à concurrence de la valeur des parts dans les autres biens héréditaires cédées par lui à ses cohéritiers et communes pour le surplus ; la fraction de part sociale qu'il aura ainsi acquise de ses cohéritiers sera donc à la fois propre et commune dans cette proportion ; et si la soulte est de beaucoup supérieure à la valeur des parts cédées aux cohéritiers, les parts reçues d'eux dans les biens mis au lot de l'époux héritier, et notamment dans la part sociale qui y figurera, seront communes pour le tout, sauf récompense au profit dudit époux de la valeur de sa part indivise sur l'ensemble de la succession. En ce qui concerne les partages avec soulte, l'article 1407 pourra donc conduire, si l'on adopte les deuxième ou troisième systèmes, à des conséquences différentes de celles de l'article 883. Ce dernier article, en effet, s'applique sans conteste aux partages avec soulte, quelle que soit l'importance de la soulte.

Si l'un des héritiers acquiert les droits de ses cohéritiers dans la part sociale du défunt, soit par une cession à titre particulier, soit par une cession de droits successifs, ces opérations auront le caractère d'une vente et non d'un échange, puisque l'héritier acquéreur n'aura donné en contre-partie aucune de ses parts dans les autres biens héréditaires, mais uniquement une somme d'argent. En conséquence, les parts acquises de ses cohéritiers dans la part sociale entreront en communauté, l'article 1407 étant hors de cause ; seule restera propre la part lui provenant de sa vocation héréditaire, sauf la question de l'application de l'article 1408². Nous avons vu

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, n° 197.

2. Telle est bien la solution que pose M. DELOM DE MÉZERAC (*th. précit.* note 1, p. 127), adversaire de l'application de l'article 883 à la communauté d'acquêts, dans une hypothèse semblable. Il suppose qu'un époux ayant hérité de la moitié indivise d'un fonds de commerce achète l'autre moitié indivise de son co-héritier. La moitié ainsi acquise formera-t-elle un propre ou un conquêt ? Elle formera un conquêt, dit cet auteur, l'article 883 ne pouvant être invoqué en matière de communauté. Il repousse également l'application de l'article 1408. Nous examinerons ce point ultérieurement.

que par l'effet de l'article 883, applicable aux actes dont s'agit, les parts ainsi acquises deviendraient, au contraire, propres comme celle déjà possédée par l'époux acquéreur en vertu de son titre d'héritier.

Mais, dans les hypothèses suivantes, si l'article 1407 est impuissant à créer des propres, l'article 883 ne l'est pas moins : l'un des héritiers vend aux autres conjointement, par cession à titre particulier ou par cession de droits successifs, la fraction de part sociale qu'il a recueillie dans la succession ; l'un des héritiers vend sa fraction de part sociale à un seul de ses co-héritiers à titre particulier ou par cession de droits successifs. De tels actes sont incontestablement des ventes et non des échanges, et ils sont également, avons-nous vu, dépourvus de l'effet déclaratif. La fraction de part sociale ainsi acquise par le ou les cohéritiers entre donc dans la communauté, sauf la question de l'application de l'article 1408.

214. Voici les conséquences auxquelles conduisent respectivement les articles 883 et 1407, en ce qui concerne la détermination du caractère propre ou commun des fractions d'une part sociale héréditaire, acquises par un héritier marié sous le régime de la communauté d'acquêts de ses cohéritiers. Les cas, dans lesquels elles diffèrent, sont peu nombreux. On a pu remarquer que l'article 883 est le plus favorable au patrimoine propre. L'intérêt à opter pour l'un ou l'autre des articles en question est assez restreint. Néanmoins, puisqu'il existe, il y a lieu de se prononcer. La jurisprudence, qui applique l'article 883 à la communauté légale¹, doit pareillement et même *a fortiori* l'appliquer à la communauté d'acquêts. Et en fait on trouve des décisions relatives à ce dernier régime, basées sur cet article². Nous approuvons pleinement cette jurisprudence. Elle échappe, d'ailleurs, en matière de communauté d'acquêts, aux critiques fondées sur l'équité, qu'elle encourt en matière de communauté légale ; si, en effet, pour acquérir la part de ses cohéritiers l'époux a employé des deniers communs, et que cette part soit déclarée propre conformément à l'article 883, on accordera une récompense à la communauté. Et la reconnaissance du caractère propre

1. V. *supra* 1^{re} partie, tit. I, ch. II.

2. Trib. Civ. Seine 16 mai 1887, *Pand. fr. pér.* 1889, II, 42 ; Rennes 9 juin 1928, *Gaz. Pal.* 17 octobre 1928.

à la part acquise évitera les complications résultant de la nature mixte — à la fois propre et commune — d'un même bien.

215. Il nous reste à envisager le cas inverse de celui que nous venons d'examiner : le partage a attribué à l'époux héritier dans la société une fraction de la part ou des parts du défunt, inférieure à celle qu'il tenait de sa vocation héréditaire. Ce cas, à la vérité, se présentera plutôt en ce qui concerne les actions que relativement aux intérêts. Car, s'il s'agit d'une société de personnes, ou bien tous les héritiers resteront dans la société, et il est peu probable qu'ils modifient la division de la part de leur auteur, opérée entre eux par l'article 1220 ; ou bien l'un ou plusieurs d'entre eux se retireront de la société, et l'intégralité de leur part accroîtra à celles de leurs cohéritiers. Nous avons déjà dit que si l'époux reçoit par le partage une part sociale inférieure à celle que lui avait donnée l'article 1220, il conservera en propre la totalité de la part à lui attribuée. Quant aux autres valeurs qu'il reçoit en complément, ce ne sont pas des parts sociales, nous n'avons donc pas à nous en occuper. Les développements qui précèdent nous permettent cependant de dire que, si ces valeurs consistent en argent (argent héréditaire ou soulte payée par un co-partageant), elles entreront en communauté à charge de récompense, et qu'elles resteront propres tant en vertu de l'article 883 que de l'article 1407, si elles consistent en corps certains attribués en toute propriété à l'époux héritier.

SECTION III

Parts sociales acquises dans les conditions de l'article 1408

216. Nous venons de voir que l'article 883, et moins encore l'article 1407, ne parvenaient à rendre génératrices de propres certaines acquisitions de fractions de part sociale héréditaire, faites par un héritier marié sous le régime de la communauté d'acquêts : par exemple, l'achat d'une fraction de part sociale fait par cet héritier d'un seul de ses co-héritiers. Pour obtenir ce résultat ne peut-on invoquer l'article 1408 ?

Cet article contient deux dispositions :

1^o « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de « licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont

« l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point « un conquêt ; sauf à indemniser la communauté de la somme « qu'elle a fournie pour cette acquisition. »

2^o « Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom « personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la « totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, « celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix « ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient « alors débitrice envers la femme de la portion appartenant « à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en rembour- « sant à la communauté le prix de l'acquisition. »

Nous allons examiner successivement ces deux dispositions

217. I. Commençons par la première. Elle ne vise que l'acquisition de « portion d'un *immeuble* » et est écrite à propos de la communauté légale. Peut-elle être étendue à une fraction de part sociale, acquise dans les conditions qu'elle prévoit, sous le régime de la communauté d'acquêts ? Recherchons si les motifs, sur lesquels elle est fondée, sont favorables à cette extension.

218. La règle posée par l'article 1408 al. 1 était déjà admise dans notre ancien droit, et Pothier la rattachait à l'effet déclaratif du partage¹. Tronchet, dans la discussion de cet article au Conseil d'État, s'est rangé à cette manière de voir². La solidarisation de l'article 1408 al. 1 et de l'article 883 a l'inconvénient de soumettre l'application du premier de ces articles aux conditions requises pour le second, notamment à celle de la cessation totale de l'indivision. Or, l'article 1408, al. 1, parle de l'acquisition de « portion d'un immeuble » ; il n'ajoute pas que cette acquisition doit faire cesser l'indivision. Exiger cette condition, c'est apporter à ce texte une restriction que la généralité³ de ses termes exclut. Que la maxime qu'il consacre apparût dans l'ancien droit purement et simplement comme une conséquence de la « nature des partages », on se l'explique, puisque tout acte marquant un acheminement vers la disparition de l'indivision, ne la fit-il

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, nos 146 et 148.

2. LOCRIÉ, XIII, p. 190, n° 9 ; FENET, XIII, p. 558-559.

3. Voulue, d'ailleurs, ainsi qu'il résulte des observations du Tribunal (FENET, XIII, p. 607).

pas cesser complètement, était assorti de l'effet déclaratif¹. Mais notre jurisprudence moderne, se montrant plus rigoureuse quant à l'admission de l'effet déclaratif, ne pouvait transporter ses exigences sur le terrain de l'article 1408, al. 1, en présence du texte large de cet article. Aussi le déclare-t-elle indépendant de l'article 883 ; elle l'applique même aux acquisitions de parts indivises d'immeuble, ne faisant pas cesser l'indivision d'une manière définitive². Bien entendu, les auteurs qui estiment que l'article 883 ne doit pas pénétrer dans le domaine de la communauté repoussent-ils toute espèce de lien entre les articles 1408, al. 1 et 883 et par suite toute restriction à la portée du premier qui résulterait du second³. Au surplus, on peut voir dans un fragment du Digeste (fr. 78 § 4, *De jure dotium*, XXXIII, III) l'origine de la disposition de l'article 1408, al. 1. Certes, c'est la disposition de l'art. 1408, al. 2 qui dérive le plus directement de cette loi, comme nous le dirons plus loin. Mais celle de l'alinéa 1 peut être regardée comme une extension de la règle romaine. Or, on sait qu'en droit romain le partage était attributif et non déclaratif⁴.

219. La rétroactivité du partage étant, pour ces diverses raisons, reconnue impropre ou tout au moins insuffisante à fonder l'article 1408, al. 1, on propose généralement aujourd'hui, en doctrine⁵ et en jurisprudence⁶, une autre explication

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, n° 141.

2. Cass. Req. 30 janvier 1850, S. 1850, I, 279, D. P. 1850, I, 171 ; Civ. 30 janvier 1865, S. 1865, I, 140, D. P. 1865, I, 191 ; Civ. 2 décembre 1867 (sol. impl.), S. 1868, I, 161, D. P. 1867, I, 469 ; Lyon 21 janvier 1876, D. P. 1878, II, 38 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 94 ; LAURENT, XXI, n° 329 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 521 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 441 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 238, texte et note 4, p. 284 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 78: *Contra* : Paris 3 décembre 1836, S. 1837, II, 92 ; Douai 13 janvier 1852, S. 1852, II, 213, D. P. 1852, II, 195 ; Riom 12 décembre 1888, S. 1891, II, 85, D. P. 1890, II, 324 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 661 ; RODIÈRE et PONT, I, nos 609-610 ; DE FOLLEVILLE, n° 185.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 90.

4. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 235.

5. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 90 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 430 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 234 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 78.

6. Cass. Req. 18 février 1908, S. 1914, I, 315, D. P. 1908, I, 529 et la note de M. GUÉNÉE.

de ce texte, déjà donnée par le tribun Siméon dans son discours au Corps Législatif¹. Il procède, dit-on, de l'antipathie du législateur pour l'état d'indivision. Il a pour but d'empêcher qu'une nouvelle indivision ne succède à l'ancienne, ce qui arriverait si l'acquéreur sortait de l'indivision d'avec son cédant pour y rentrer avec son conjoint. L'acquisition d'une part indivise par un indivisaire de ses co-indivisaires tend, sinon à mettre fin de suite à l'indivision, du moins à en préparer la cessation par l'exclusion d'un ayant-droit. Il y a là au moins une étape vers l'unification de la propriété, que le législateur veut favoriser. Aussi s'est-il attaché à éviter que le mouvement imprimé en ce sens par un tel acte ne soit annihilé par un mouvement en sens contraire venant du fonctionnement d'une autre institution. Il a consacré en cela l'intention vraisemblable de l'acquéreur. A cette considération d'ordre économique on peut ajouter l'idée de la conservation des biens dans la famille².

220. Enfin, on a essayé de montrer, sans recourir à la fiction de l'article 883, que la règle de l'article 1408, al. 1, était en harmonie avec les règles générales gouvernant la composition de la communauté. On induit de l'article 1402 que le principe formulé par l'article 1401, 3^e, suivant lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage forment des conquêts, suppose que l'acquisition n'avait aucun germe antérieur au droit de la communauté. Or, l'acquisition prévue par l'article 1408, al. 1, a précisément un germe antérieur, c'est la co-propriété préexistante de l'époux, restée en dehors de la communauté, et en vertu de laquelle cet époux a été appelé à participer au partage, à la licitation ou à tout autre acte équipollent. Cette explication, ajoutent ses partisans, n'emporte pas adhésion à l'opinion, aujourd'hui abandonnée, d'après laquelle l'article 1408 exigerait que la co-propriété de l'époux fût antérieure au mariage³. Elle se base seulement sur l'antériorité de la co-propriété au droit de la communauté. Peu importe que l'époux fût co-propriétaire avant le mariage ou qu'il le soit devenu depuis par succession, dona-

1. LOCRÉ, XIII, p. 456, n° 22.

2. DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n° 812.

3. TOULLIER, XII, n° 159 ; ODIER, *Cont. de Mar.*, I, n° 136.

tion ou legs, du moment que cette co-propriété n'est pas entrée dans la communauté. — Cette théorie ne manque pas d'ingéniosité. Toutefois il convient d'en mesurer la portée. Il ne faut certainement pas en déduire que toute acquisition faite pendant le mariage, qui se rattacherait par un lien quelconque à la possession antérieure d'un bien propre sera constitutive de propre. Notre droit de la communauté ne comporte pas un principe aussi général¹. Il ne suffirait pas qu'un époux fût propriétaire d'une parcelle de terre, à titre de propre, pour que la parcelle contiguë acquise au cours de la communauté devînt propre. Cet époux n'avait sur la parcelle acquise aucun germe de droit antérieur. Peut-être la possession de la parcelle primitive a-t-elle fait germer en son esprit l'idée d'y annexer la parcelle voisine ; mais il s'agit là d'un germe que le droit ne peut reconnaître. La co-propriété, au contraire, porte sur la totalité et sur chaque partie du bien indivis (*in toto et in qualibet parte*). L'acquisition d'une autre part indivise donne à l'acquéreur un droit qui, pour être plus fort, n'en a pas une assiette plus étendue. L'accroissement, en la circonstance, s'est opéré par une sorte de condensation, de concentration autour du noyau, que constitue la part possédée la première. Ainsi le droit nouveau forme avec l'ancien un bloc, dont la situation vis-à-vis de la communauté reste la même que celle où se trouvait déjà le droit ancien. — Mais, objectera-t-on, les parts indivises, si elles portent chacune sur la totalité du bien, n'en sont pas moins distinctes entre elles, et le seul fait de leur réunion sur une même tête ne semble pas devoir leur enlever nécessairement leur individualité ; il les rapproche sans les amalgamer ; on conçoit, en effet, qu'une personne puisse posséder deux parts dans un même immeuble, lui provenant de titres différents, dont l'une lui serait demeurée propre et l'autre serait entrée dans la communauté. Lors du partage de cet immeuble, le lot attribué à cette personne demeurerait indivis entre elle et la communauté. Les complications qui en résulteraient n'empêchent pas la possibilité de cette conception. — On peut, cependant, ajouter les considérations suivantes à l'appui de l'incorporation de la part acquise à la part primitive. La copropriété est un état passager ; elle appelle un acte ou des actes tendant à la transformer en propriété privative ; ces

1. PLANIOL, note D. P. 1907, II, 81, sous Riom 27 décembre 1905.

actes peuvent avoir pour résultat de faire acquérir à un co-propriétaire une part dans le bien indivis supérieure à sa part originaire. Cette acquisition a donc sa source dans le droit de co-propriété préexistant ; elle y était contenue en germe ; elle procède de l'évolution nécessaire de ce droit vers la propriété. Par suite, son objet doit être considéré non comme indépendant, mais comme étant le développement de celui du droit de co-propriété originaire. — Cette manière de voir n'est-elle pas toutefois plus imagée que rigoureusement juridique ? On commence par affirmer que toute acquisition d'immeuble, ayant un germe antérieur au droit de la communauté, est exclue de la communauté. Cette assertion qu'on prétend tirer de l'article 1402 n'est-elle pas un peu audacieuse, ou au moins un peu trop vague ? On ne dit pas ce qu'il faut entendre exactement par « germe ». N'en existe-t-il pas d'autres aussi forts que celui inclus en la co-propriété et qui devront conduire, le cas échéant, à une solution semblable à celle de l'article 1408 al. 1 ? L'imprécision où l'on nous laisse ne permet pas de déterminer la portée réelle de la formule qu'on nous propose pour base ; c'est un défaut et un danger. Aussi est-il peut-être plus sûr de s'en tenir à l'explication de l'article 1408 al. 1 par la défaveur attachée à l'état d'indivision.

221. Quoiqu'il en soit, les divers motifs, sur lesquels on fonde cette disposition, incitent-ils ou non à l'appliquer aux parts sociales ?

En la considérant comme une conséquence de l'article 883 on suppose cet article opposable à la communauté. Dans ce cas, l'article 1408 al. 1 n'ajoute rien aux solutions que nous avons déduites de l'article 883.

Si, pour justifier l'article 1408 al. 1 on invoque l'antipathie du législateur à l'encontre de l'état d'indivision, on pourrait être tenté de mettre en doute la valeur de cette considération en ce qui concerne les parts sociales. Ne se divisent-elles pas de plein droit au décès, en vertu de l'article 1220 ? Sans doute, mais elles n'en continuent pas moins à faire partie de cette masse indivise, que représente la succession. La division de l'article 1220 n'est que provisoire ; elle est susceptible d'être modifiée par le partage, dans lequel la part sociale doit figurer comme tous les autres bien héréditaires, et dont l'effet déclaratif se produit pareillement sur elle. Le sentiment du

législateur envers l'état d'indivision ne doit-il pas embrasser tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, compris dans la masse partageable. D'ailleurs, les inconvénients de cet état, s'ils sont atténués dans une certaine mesure pour les parts sociales en général grâce à l'article 1220, demeurent encore particulièrement sensibles relativement aux actions. La division que cet article opère sur elles n'est pas opposable à la société en raison de leur caractère indivisible. De ce fait, il subsiste entre les héritiers une communauté qu'on ne saurait obliger chacun d'eux à subir contre son gré (art. 815). Le partage apparaît donc aussi indispensable à l'égard des actions qu'à l'égard des biens corporels. Et puis, d'une façon générale, les opérations visées par l'article 1408 al. 1, qu'elles aient pour objet des parts sociales, des immeubles ou autres biens indivis, répondent à des besoins identiques, dérivant de l'état transitoire dans lequel tous ces biens se trouvent. Le partage est reconnu nécessaire pour une bonne exploitation des biens. Mais cette exploitation sera d'autant meilleure que les diverses espèces de biens seront attribuées à des individus plus aptes à les mettre en valeur. Or, l'article 1220 divisant de plein droit les parts sociales entre les héritiers ne tient pas compte de leurs aptitudes, ni de leurs convenances respectives. Ils sont saisis, chacun, malgré lui, d'une fraction de part sociale. On conçoit que cette division crée seulement une situation d'attente, que les héritiers cherchent par des conventions entre eux à la retoucher au mieux de leurs intérêts. L'un pourra être versé plus spécialement que les autres dans le genre d'affaires traitées par la société. Il sera naturel que ses co-héritiers ou quelques-uns d'entre eux lui cèdent leur part dans la société. Cette opération présente la même utilité que celle réalisée par un héritier qui, s'intéressant plus particulièrement aux choses de la culture ou possédant déjà d'autres immeubles à proximité, acquerrait de ses cohéritiers ou de certains d'entre eux leur part dans un immeuble rural de la succession. Cet acte-ci tomberait indubitablement sous le coup de l'article 1408 al. 1. On ne voit pas pourquoi le précédent n'y tomberait pas également. Certes, l'acquisition d'une fraction de part sociale par un cohéritier peut procéder uniquement d'une idée de spéculation. Mais la spéculation ne peut-elle pas aussi être le seul motif, qui ait poussé un héritier à acquérir une portion d'immeuble dont il était co-propriétaire ? Quelles que soient les raisons qui l'aient

inspiré, un acte de cette nature ne doit être considéré que comme préparant le partage définitif, la fin de cet état transitoire où sont placées les parts sociales aussi bien que les immeubles ou autres biens héréditaires. A ce titre, il mérite de bénéficier de la règle de l'article 1408 al. 1, qu'il porte sur une fraction de part sociale ou sur une part indivise d'immeuble.

Enfin, fonde-t-on cette règle sur ce que l'acquisition avait un germe antérieur au droit de la communauté, cette explication convient encore aux parts sociales. L'héritier acquéreur de la fraction de part sociale de son cohéritier possédait, dans la fraction par lui recueillie dans la succession, un germe antérieur au droit de la communauté. Sans doute, cette fraction était douée d'une certaine indépendance en vertu de l'article 1220. Elle n'en réservait pas moins à son titulaire le droit de concourir au partage ou à tout acte équipollent, susceptible de réaliser une attribution de la part sociale, différente de la répartition opérée par ledit article.

222. Cependant, bien que les divers motifs, à l'aide desquels on justifie l'article 1408 al. 1, soient favorables à son extension aux parts sociales et à tous les biens indivis en général, l'interprétation stricte compte d'assez nombreux partisans. Les plus intransigeants excluent complètement du ressort de cette disposition l'acquisition de parts indivises dans une succession composée de meubles et d'immeubles. Le texte dit : « portion d'un immeuble ». Ils en concluent que l'acquisition doit avoir pour objet une part indivise dans un ou plusieurs immeubles déterminés et non dans une universalité, celle-ci comprend-elle des immeubles. L'article 1408 al. 1, selon eux, consacre une exception au droit commun, à la règle de l'article 1401, 3^o, d'après laquelle toute acquisition d'immeuble faite pendant le mariage forme un conquêt. Il doit donc être interprété d'une façon rigoureusement littérale¹.

1. RÔDIÈRE et PONT, I, n^o 625 ; LAURENT, XXI, n^o 331 ; Cass. Req. 25 juillet 1844, S. 1844, I, 614 ; Riom 15 novembre 1869, S. 1870, II, 39, D. P. 1869, II, 231 ; Bastia 5 février 1890, S. 1890, II, 136 ; Trib. Civ. Toulouse 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53, note de M. WAHL. Il est à noter que toutes ces décisions statuent à propos de la disposition de l'article 1408 al. 2, et que certains auteurs refusent d'appliquer cette disposition à l'acquisition de droits successifs immobiliers, alors qu'ils admettent l'application de la règle de l'article 1408 al. 1 à une pareille acquisition (DE FOLLEVILLE, I, n^{os} 190 et 196).

Cependant la plupart des auteurs et des décisions judiciaires estiment que les termes de cet article et moins encore son esprit ne sont si limitatifs. Le mot *immeuble*, répliquent-ils, n'a pas été pris « pour désigner un corps certain, mais bien, par opposition au terme *meuble*, pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté légale ; et dès lors le texte de cet article ne s'oppose nullement à ce qu'on en étende la disposition à l'acquisition de droits successifs immobiliers ». D'ailleurs, s'il s'agit de droits successifs à la fois mobiliers et immobiliers, il est facile d'établir par une ventilation le montant de la récompense due à la communauté¹.

223. Mais ne peut-on attribuer à l'article 1408 al. 1 une portée plus grande encore ? Ne peut-on l'étendre à toutes les acquisitions de parts dans des biens meubles ou immeubles, dont l'époux acquéreur serait déjà co-propriétaire à titre de propres, notamment sous le régime de la communauté d'acquêts ? Cette extension encourt toujours la même objection : l'article 1408 al. 1, texte d'exception, doit être interprété strictement. On admet bien, comme nous venons de le montrer, qu'on puisse, sans forcer ses termes, l'appliquer à toutes acquisitions comprenant des droits immobiliers. Mais là doit s'arrêter son empire. Les acquisitions de droits mobiliers lui sont étrangères. Il ne les prévoit pas. On ne saurait suppléer à son silence. On reconnaît que cette lacune est regrettable. Elle s'explique, dit-on, par le fait que les meubles, à l'époque de la rédaction du Code Civil, étaient de faible importance. Aussi, ont-ils été volontairement laissés de côté par le législateur².

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 95 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 676 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 526 ; HUC, IX, n° 119 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 443 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 237 ; GUÉNÉE, note D. P. 1908, I, 529 ; VIALLETON note S. 1924, II, 105 *in fine* ; Cass. Req. 18 février 1908, S. 1914, I, 315, D. P. 1908, I, 529 ; Amiens 3 juin 1847 et 22 juin 1848, S. 1848, II, 673 et 675, D. P. 1849, II, 31 et 32 ; Besançon 20 mars 1850, S. 1850, II, 445 ; Bourges 20 août 1855, S. 1857, II, 265, D. P. 1856, II, 41 ; Pau 6 juin 1860, S. 1861, II, 131, D. P. 1860, II, 198, et 28 juin 1869, S. 1870, II, 331 ; Montpellier 5 avril 1870, S. 1870, II, 238, D. P. 1870, II, 226.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 392 et II, n° 1298. Nous citerons en outre les auteurs qui refusent d'étendre la disposition de l'article 1408 al. 2 aux propres mobiliers sans se prononcer sur

224. Ces arguments ne nous paraissent pas convaincants. D'abord, est-il bien sûr que l'article 1408 al. 1 soit un texte d'exception ? La théorie, qui le fonde sur l'existence d'un germe antérieur au droit de la communauté, soutient le contraire. Quoiqu'il en soit, l'exception, si exception il y a, n'est pas si grave qu'il faille à ce point se rendre esclave des mots, en lesquels elle est énoncée. Elle présente de sérieux avantages sans sacrifier la communauté, à qui est réservé un droit à récompense. Il convient de s'éclairer de l'esprit d'où elle procède pour définir le véritable sens des termes qui l'expriment. Le mot « immeuble » a été employé, parce que ce genre de biens constitue l'élément principal du patrimoine propre sous le régime de la communauté légale. Ce que les rédacteurs de cette disposition ont considéré dans « l'immeuble », c'est son caractère de propre plutôt que sa nature spécifique. L'immeuble, dans leur pensée, est synonyme de bien propre. Ecrivant à propos de la communauté légale ils n'ont pas cru utile de mentionner les meubles, qui sont exceptionnellement propres. Il n'en est pas de même sous la communauté réduite aux acquêts. Là les causes de propres sont aussi nombreuses pour les meubles que pour les immeubles. Or, tout le monde s'accorde à étendre à ce régime la règle de l'article 1408 al. 1. Il y aurait quelque chose de choquant à appliquer cette règle aux immeubles et non aux meubles propres. Les motifs, sur lesquels elle repose, répugnent à cette distinction ; ils commandent l'assimilation. On objecte que les meubles ont été volontairement omis, eu égard à leur peu de valeur à l'époque de la confection du Code Civil. Nous croyons qu'ils ont été tout au plus, pour cette raison, négligés, et que l'interprète peut et doit réparer cette négligence. On lui reconnaît aujourd'hui un rôle plus actif qu'autrefois. Il ne doit pas se confiner

ce point à propos de la disposition de l'alinéa 1 de cet article. On reconnaît, généralement, en effet (V. cependant DE FOLLEVILLE, p. 242, note 1), que les conditions d'application des règles posées respectivement par les alinéas 1 et 2 de l'article 1408 sont les mêmes en ce qui concerne l'objet de l'acquisition : DE FOLLEVILLE, nos 197-197 bis (pour la communauté légale) et nos 607 et 607 bis (pour la communauté d'acquêts) ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 545 ; BABINET, *Du Retrait d'Indivision*, *Rev. de Dr. Fr. et Étr.* 1845, t. II, page 697 ; DELOM DE MÉZERAC, *Du Retrait d'indivision*, thèse Paris 1886, p. 126 ; GÉROTA, *Le Retrait d'indivision*, thèse Paris 1911, p. 44.

dans l'exégèse, mais suivre l'évolution économique et sociale et s'efforcer d'y adapter les textes, en utilisant la force d'expansion latente en eux. Que le développement considérable des valeurs mobilières au cours du siècle dernier ait fait naître des problèmes de législation, nous l'admettons volontiers. L'interprète, de son côté, a mieux à faire que de garder une attitude passive en présence de ce phénomène ; il doit s'attacher à mettre en harmonie avec lui les institutions existantes, toutes les fois que leur esprit y incline. La doctrine et la jurisprudence sont déjà entrées dans cette voie en étendant aux meubles les dispositions contenues dans les articles 1407, 1434 et 1435 qui ne prévoient que les immeubles. Ces points sont aujourd'hui acquis¹. Semblable extension doit être consacrée en ce qui concerne la règle de l'article 1408 al. 1. Nous avons montré, en effet, que l'esprit de cette règle visait les meubles aussi bien que les immeubles et que son texte ne les excluait nullement².

1. V. *infra*, ch. II, sect. II, §§ 1 et 2.

2. En ce sens : PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, nos 410 et 413 a ; PIOLET, *Etude sur la communauté réduite aux acquêts*, p. 74 ; HOCHART, *De la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris 1887, p. 120. Nous n'avons pas trouvé, en jurisprudence, de décisions sanctionnant expressément cette thèse. M. BASSET (*Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1924, n° 12) cite comme tel un jugement du Trib. Civ. de la Seine du 16 mai 1887 (*Pand. fr. pér.*, 1889 II, 42) statuant sur l'acquisition d'une part indivise de fonds de commerce sous le régime de la communauté d'acquêts. Mais pour attribuer le caractère propre à l'objet de cette acquisition, ce jugement se fonde uniquement sur l'article 883. On peut citer, cependant, comme paraissant favorables à l'extension de l'article 1408 al. 1 aux meubles, les arrêts suivants, qui, sous le régime dotal, ont appliqué la règle de l'article 1408 al. 2 à des acquisitions de droits successifs, sans distinguer s'ils portaient sur des meubles ou sur des immeubles : Toulouse 27 janvier 1814 et Nîmes 5 avril 1843, DALL., *Jur. Gén.* V° *Cont. de Mar.*, n° 838, note 1 (ces deux arrêts ont été rendus d'après la jurisprudence du Parlement de Toulouse à laquelle les espèces étaient encore soumises : ils invoquent la loi 78, § 4, *De jure dotium*, d'où est dérivé l'art. 1408 al. 2) ; Riom 20 mai 1839, DALL., *Jur. Gén.* V° *Cont. de Mar.*, n° 859, note 1. Il y a même raison d'appliquer en matière mobilière la disposition de l'article 1408 al. 2 sous le régime de la communauté d'acquêts que sous le régime dotal, et il n'y a pas lieu, tout au contraire, de se montrer plus sévère sur ce point en ce qui concerne l'article 1408 al. 1, qu'en ce qui concerne l'article 1408 al. 2, cette dernière disposition apportant certainement une dérogation au droit commun plus

225. Nous sommes donc partisan de l'application de l'article 1408 al. 1 aux meubles et par conséquent aux parts sociales sous le régime de la communauté d'acquêts. Examinons à présent les solutions qui dérivent de cette opinion.

S'il y a deux héritiers et que l'un d'eux, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, achète la fraction de la part sociale du défunt dévolue à l'autre, cette fraction lui restera propre, conformément à l'article 1408 al. 1, comme celle qu'il tient de sa vocation héréditaire. Il y a lieu d'ajouter que cet acte faisant cesser complètement l'indivision relativement à cette part sociale, l'article 883, à supposer qu'il régit les rapports de chaque copartageant avec son conjoint, conduit au même résultat. L'article 1407, au contraire, ne peut être invoqué dans l'hypothèse : l'acte présente le caractère d'une vente et non d'un échange.

Voici, en revanche, un cas où l'article 1408 al. 1 est seul capable de rendre constitutive de propre l'acquisition, à l'exclusion des articles 883 et 1407. Il y a plusieurs héritiers, et l'un d'eux achète d'un seul de ses cohéritiers la fraction de part sociale héréditaire dévolue à ce dernier. L'acte ne fait pas cesser l'indivision et ne peut être considéré comme un échange ; les articles 883 et 1407 ne l'atteignent ni l'un ni l'autre ; il rentre, au contraire, dans les prévisions de l'article 1408 al. 1.

S'il s'agit d'une acquisition de droits successifs, comprenant une fraction de part sociale, l'article 1408 al. 1 est-il applicable ? Nous avons réfuté la doctrine, condamnée aussi par la jurisprudence, d'après laquelle cette disposition ne saurait régir les acquisitions de droits successifs immobiliers, les termes « portion d'un immeuble » devant être entendus

grave que la première. Par contre, un arrêt de la Cour de Paris du 3 décembre 1836 (DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n^o 623, note 1) semble défavorable à l'application de l'article 1408 al. 1 aux meubles. Il décide que les droits acquis par le mari de quelques-uns de ses co-héritiers dans une succession mobilière ouverte pendant le mariage constituent des acquêts, bien que les meubles échus par succession à chacun des époux aient été réalisés par le contrat de mariage. Mais cet arrêt se fonde sur ce que l'acquisition, n'ayant pas fait cesser l'indivision, n'avait pu être douée de l'effet déclaratif de l'article 883. Il n'envisage pas l'application de l'article 1408 al. 1 à l'espèce. Peut-être pensait-il que l'art. 1408 al. 1 était solidaire de l'article 883 ?

dans le sens de « portion d'un immeuble déterminé ». Repoussant cette limitation à l'application de l'article 1408 al. 1 aux immeubles, nous repoussons corrélativement pareille limitation à son application aux meubles. Nous admettrons donc que les acquisitions de droits successifs mobiliers, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, rentrent dans le domaine de la règle dont s'agit, comme y rentrent les acquisitions de droits successifs immobiliers sous le régime de la communauté légale. En conséquence, si la succession comprend une part sociale, l'héritier, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, qui se rendra cessionnaire des droits successifs d'un de ses cohéritiers, conservera à titre de propre la fraction de part sociale de ce cohéritier. Nous ne parlerons pas de l'acquisition par un héritier des droits successifs de tous ses cohéritiers, cet acte étant sous l'empire de l'article 883.

226. Nous avons supposé jusqu'à présent que la part sociale, dont une fraction était acquise par un époux commun en biens acquêts, dépendait d'une indivision héréditaire. En réalité, l'article 1408 al. 1 vise toutes les indivisions, quelle qu'en soit la source¹. Toutes les fois que l'époux se trouvera titulaire d'une fraction de part sociale en vertu d'un titre commun avec d'autres personnes et qu'il acquerra la fraction d'un autre communiste, cette disposition s'appliquera. Ce titre commun sera le plus souvent la dévolution héréditaire ; ce pourra être aussi une donation ou un legs de part sociale fait à plusieurs personnes conjointement et sans assignation de part, de telle sorte que chacun des légataires ou donataires puisse réclamer le partage conformément à l'article 815. En raison de la nature divisible de cette sorte de biens (art. 1220), il y aura peut-être lieu de présumer que le donateur ou le testateur a entendu que chacun des donataires ou légataires reçoive une fraction entièrement divisée de sa part sociale. L'intention contraire devra alors résulter nettement des termes employés. S'il s'agit d'actions, il suffira, étant donné leur caractère indivisible, qu'elles n'aient pas été réparties individuellement entre les donataires ou légataires pour qu'un partage s'impose et que l'article 1408 al. 1 puisse jouer à leur égard. L'hypothèse d'achat en commun

1. Cf. *Observations du Tribunal*, FENET, XIII, p. 607.

de part sociale ne semble pas pratique, si ce n'est dans les circonstances suivantes : plusieurs personnes ont recueilli par succession des actions et avant le partage la société procède à une augmentation de capital, réservant aux anciens actionnaires le droit de souscrire par préférence aux actions nouvelles. Les héritiers exercent conjointement ce droit. Une première question se pose : la fraction appartenant à l'héritier, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, dans les actions nouvelles lui reste-t-elle propre ? En supposant cette question résolue par l'affirmative, comme nous le montrerons plus loin, nous admettrons que l'article 1408 al. 1 permet à cet héritier de garder en propre la fraction de ces actions nouvelles qu'il aurait acquise d'un de ses cohéritiers.

227. Mais cette disposition n'est applicable que s'il y a réellement indivision. Dans les sociétés douées de personnalité, il n'y a pas indivision entre les associés, au moins pendant la durée de la société. Par conséquent, qu'un associé possédant en propre sa part dans une telle société — intérêt ou action, peu importe — achète la part d'un de ses co-associés au cours de la communauté d'acquêts, il ne pourra invoquer l'article 1408 al. 1 pour exclure de la communauté la part acquise. Il est vrai, cependant, qu'à la dissolution de la société, d'après l'opinion commune, ou après la liquidation, d'après l'opinion que nous avons émise, sa part sociale se transformera en une part indivise sur les biens de la société existant alors en nature. Mais c'est au moment de l'acquisition que l'état d'indivision exigé par l'article 1408 al. 1 doit régner. Or, à cette époque, l'époux avait un simple droit de créance contre la société ; il n'était lié à son cédant par aucun lien de communauté (succession, donation ou legs recueilli en commun), les liens créés par le contrat de société entre les associés n'étant pas des liens de communauté. Sans doute, nous sommes-nous montré large dans l'interprétation de l'article 1408 al. 1 quant aux biens visés par lui : nous avons fait rentrer dans son domaine toute espèce de biens ; toute distinction à ce sujet nous a semblé, en effet, non fondée. L'état d'indivision, par contre, nous apparaît être la condition qu'il pose essentiellement. Elle est prise pour base, nous l'avons vu, par toutes les théories prétendant expliquer cette disposition. Et tout le monde s'entend pour refuser d'appliquer

cette dernière à l'acquisition faite pendant le mariage d'un immeuble contigu à un autre immeuble déjà possédé en propre par l'époux acquéreur, bien que ces deux immeubles fussent réunis dans la même exploitation. L'acquisition d'une autre part sociale par un associé pendant la société forme une hypothèse comparable. Ce n'est pas un acte destiné à faire cesser une indivision qui n'existe pas ; l'esprit, pas plus que le texte, de l'article 1408 ne sont favorables à son intervention en ce cas. Nous déciderons plus loin, il est vrai, que les actions souscrites pendant le mariage, lors d'une augmentation de capital, en vertu d'un droit de préférence attaché à des actions propres, deviennent elles-mêmes propres. Cette solution ne repose pas sur l'article 1408 al. 1, mais sur des considérations toutes différentes que nous indiquerons. (*Infra* tit. II, ch. I, sect. I, § IV).

En revanche, s'il s'agit de l'acquisition faite pendant le mariage, par un époux déjà propriétaire d'une part propre dans une société dénuée de personnalité, de la part d'un de ses co-associés dans ladite société, cette disposition sera applicable, puisqu'il y aura, au moment de l'acquisition, indivision entre le cédant et le cessionnaire. A la vérité, une telle hypothèse sera rare, seules, d'après la jurisprudence, les associations en participation ne constituant pas des personnes morales, et ces sociétés ne comportant pas toujours des biens indivis. — Supposons, enfin, qu'un associé se marie sous le régime de la communauté d'acquêts, après la dissolution de la société, mais avant la fin de sa liquidation, ou qu'il recueille au cours de la communauté, par succession, une part dans une société dissoute par le décès du *de cujus*. S'il achète ensuite la part d'un de ses co-associés dans cette société dissoute, l'article 1408 al. 1 jouera, d'après l'opinion qui considère les associés en état d'indivision dans leurs rapports entre eux dès la dissolution. Nous le ferions jouer aussi dans cette hypothèse, bien que nous estimions que la personnalité morale de la société subsiste jusqu'à la fin de la liquidation même dans les rapports des associés entre eux. Une cession de droits dans une société dissoute par un associé à un autre tend, en effet, au règlement des droits des associés, appelé par la dissolution de la société ; elle est assimilable ainsi à un acte tendant à faire cesser l'indivision.

228. II. Dans l'hypothèse prévue au premier alinéa de l'article 1408, c'est l'époux co-propriétaire du bien, qui est

supposé acquérir une autre portion indivise de ce bien. On peut aussi imaginer que cette acquisition est réalisée par son conjoint. Si c'est la femme qui achète une portion d'un bien appartenant par indivis à son mari, elle ne saurait être censée avoir agi pour le compte de celui-ci. Elle n'est pas sa mandataire légale. D'autre part, l'acte ne s'est pas accompli à l'insu du mari ; celui-ci a été appelé à donner son autorisation ; s'il l'avait voulu, il lui était aisé de se rendre personnellement acquéreur. — Si c'est, au contraire, le mari qui acquiert une portion d'immeuble dont sa femme est co-propriétaire, il est à craindre que celle-ci ne soit victime de son état de subordination. Le mari a pu, sans avertir sa femme, réaliser cet acte offrant pour elle un intérêt tout particulier, tandis qu'elle n'aurait pu le faire sans lui demander son autorisation. Pour la préserver de ce danger l'article 1408 al. 2 lui permet de prendre l'acquisition pour elle, à charge d'en rembourser le prix à la communauté, autrement dit d'exercer ce que l'on appelle, à tort ou à raison, le retrait d'indivision. Il ne lui impose pas, d'ailleurs, une affaire à la conclusion de laquelle elle a été étrangère et qui peut être mauvaise. Il lui laisse la faculté d'abandonner l'effet à la communauté, qui devient alors débitrice envers elle de la fraction du prix afférente à sa part. Cela se rapporte au cas où le mari s'est rendu adjudicataire sur licitation de la totalité du bien. Si le mari a acquis seulement les portions indivises du bien, appartenant aux co-indivisaires de sa femme, celle-ci n'est tenue d'abandonner à la communauté, que ces portions. Elle ne peut ni être forcée à céder en outre à la communauté ni la contraindre à prendre la part qui lui appartient¹.

229. La règle du 2^e alinéa de l'article 1408 apparaît ainsi comme un renforcement, dans l'intérêt de la femme, de celle du premier alinéa. Pourtant, historiquement, elle ne découle pas de cette dernière. Elle l'a, au contraire, précédée. Elle provient, en effet, de la loi 78 § IV au Digeste, *De jure dotium*, XXIII, III, d'après laquelle le mari devait restituer, à la dissolution du mariage, à la femme dotale, avec la part indivise appartenant à celle-ci dans un immeuble et comprise dans la constitution de dot, la portion du même immeuble

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 100 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 542.

par lui acquise des autres communistes. L'accroissement au profit de la femme était alors forcé. Cette règle passa dans le régime dotal des pays de droit écrit, puis les pays de coutume l'adaptèrent au régime de la communauté. Pour qu'elle s'harmonisât avec les principes de ce régime, il fallait admettre que si l'acquisition avait été faite par la femme, elle eût formé un propre ; et puisque les causes de propres sont les mêmes pour le mari et pour la femme, cette solution supposait l'existence d'un principe général analogue à celui inscrit dans l'article 1408 al. 1. Nous ne saurions dire si ce principe était en vigueur dans le régime de communauté lors de l'introduction de la règle de la loi 78 § 4, *De jure dotium*, ou s'il a été suscité par l'introduction de cette règle, et si, ce n'est que postérieurement qu'on eut recours à l'effet déclaratif du partage pour le justifier. Ce point d'histoire sort du cadre de notre sujet. — Les auteurs coutumiers du XVIII^e siècle¹ accordèrent au surplus à la femme, à la différence du droit romain, une option, celle qui a été consacrée par l'article 1408 al. 2.

230. Quoiqu'il en soit, les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 1408 sont aujourd'hui étroitement liées. L'hypothèse du 2^e alinéa présente par rapport à celle du 1^{er} alinéa les seules particularités suivantes : elle est plus étroite en ce qu'elle n'envisage que les biens appartenant par indivis à la femme ; elle est différente, en ce qu'elle suppose que la part de coindivisaires de la femme dans de tels biens est acquise par le mari et non par la femme. L'article 1408 al. 2 ne comporte donc qu'une seule condition d'application qui lui soit propre : l'acquisition doit être faite par le mari seul et sans mandat de sa femme. Si elle était faite conjointement par les deux époux, elle tomberait sous le coup de la règle du premier alinéa ; autrement dit, elle formerait un propre pour la femme sans possibilité d'option.

231. Quant aux autres conditions d'application du deuxième alinéa de l'article 1408, elles sont les mêmes que celles du 1^{er} alinéa. Nous déciderons, en conséquence, que la règle du 2^e alinéa est applicable au régime de la commu-

1. BOURJON, *Droit Commun de la France, De la communauté*, part. II, chap. X, sect. II, n^{os} 11 et s. ; VALIN, *Coutume de la Rochelle*, art. 22, § 1, p. 493, n^o 28.

nauté d'acquêts aussi bien qu'au régime de la communauté légale, que l'acquisition prévue par cette règle peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles¹, sur une universalité que sur un bien déterminé².

A l'encontre de ces deux dernières solutions on fait valoir les mêmes objections qu'à propos de la disposition du 1^{er} alinéa. Nous sommes en présence d'un texte d'exception, dont les termes doivent être pris dans leur sens strict. Et, ajoute-t-on, la dérogation au droit commun est ici plus grave encore que celle résultant du 1^{er} alinéa ; l'interprétation littérale s'impose donc plus impérieusement pour la disposition du 2^e alinéa. Cette dernière confère, en effet, à la femme un privilège considérable ; elle crée à son profit une véritable expropriation, expropriation toute d'intérêt privé en opposition avec les articles 545 et 1134 du Code Civil³. — On rejettera purement et simplement cette manière de voir, si, comme la Cour de Cassation⁴, on attache à l'acte du mari le caractère d'une gestion d'affaires. On ne lui accordera pas davantage de valeur, bien qu'on n'accepte pas cette dernière conception. Du moment que la règle de l'alinéa 2 de l'article 1408

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^{os} 410 et 413 a ; HOCHART, th. précit., p. 120 et 121. *Contra* : BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n^o 1298 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 545 ; DE FOLLEVILLE, n^{os} 197 bis et 607 bis ; BABINET, *Du Retrait d'indivision*, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1845, t. II, p. 697 ; DELOM DE MÉZERAC, th. précit., p. 126 ; GEROTA, th. précit., p. 44.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 97 ter ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 448 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 541 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 243-1^o ; VIALLETON, note S. 1924, II, 105 ; Amiens 3 juin 1847 et 22-juin 1848, S. 1848, II, 673 et 675, D. P. 1849, II, 31 et 32 ; Besançon 20 mars 1850, S. 1850, II, 445 ; Bourges 20 août 1855, S. 1857, II, 265, D. P. 1856, II, 41 ; Pau 6 juin 1860, S. 1861, II, 131, D. P. 1860, II, 198 et 28 juin 1869, S. 1870, II, 331 ; Montpellier 5 avril 1870, S. 1870, II, 238, D. P. 1870, II, 226 ; Trib. Civ. Espalion 5 décembre 1923, S. 1924, II, 105. *Contra* : DE FOLLEVILLE, n^o 196 ; DELOM DE MÉZERAC, th. précit., p. 128 ; Cass. Req. 25 juillet 1844, S. 1844, I, 614, D. P. 1844, I, 428 ; Riom 15 novembre 1869, S. 1870, II, 39, D. P. 1869, II, 231 ; Bastia 5 février 1890, S. 1890, II, 136 ; Trib. Civ. Toulouse 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53, note de M. WAHL.

3. DE FOLLEVILLE, n^{os} 197 bis et 607 bis.

4. Cass. 17 février 1886, S. 1886, I, 161.

est destinée à assurer à la femme le bénéfice de celle de l'alinéa 1, il faut la faire jouer dans tous les cas où aurait joué la règle de l'alinéa 1, si la femme avait réalisé elle-même l'acquisition.

On doit également repousser une autre objection adressée spécialement à l'acquisition de droits successifs. Cette opération, disent certains auteurs¹, présente un caractère aléatoire que n'a pas l'acquisition d'une part indivise d'un bien déterminé. Elle comporte la transmission non seulement d'une part d'actif, mais aussi d'une part de passif, et au moment où elle est conclue, la liquidation n'a pas été faite et le cessionnaire ignore la valeur exacte de l'émolument net qu'il va retirer en échange du prix versé au cédant. Des dettes insoupçonnées peuvent se révéler ; il a pu se méprendre sur l'importance réelle de l'actif. Au contraire, lorsque la femme est appelée à exercer son option, à la dissolution de la communauté, la situation est nette. Elle se prononce en parfaite connaissance de cause, sans encourir aucun aléa. Il lui est facile d'apprécier, d'après les résultats de la liquidation, si elle a ou non intérêt à prendre l'acquisition pour elle. Ainsi toutes les chances de gain seraient à la femme, et toutes les chances de perte à la communauté. L'article 1408 al. 2 n'a certainement pas voulu cela. Son but a été de protéger la femme contre un danger, mais non de l'avantager au détriment de la communauté. — Cette argumentation n'est pas concluante à nos yeux. D'abord, il est possible qu'à l'époque où la femme doit prendre parti, — à la dissolution de la communauté, — la succession ne soit pas encore liquidée. L'opération présente alors à son égard le même caractère aléatoire qu'elle présentait à l'égard du mari lors de sa conclusion. Et puis, l'acquisition de droits successifs est-elle vraiment un contrat aléatoire au sens juridique de l'expression ? Nous ne le croyons pas. D'après la définition du Code Civil (art. 1104 et 1964) les chances de gain ou de perte qui caractérisent le contrat aléatoire dépendent d'un événement incertain lors de la formation du contrat. Quand on achète des droits successifs, on peut établir dès lors leur consistance avec certitude. Tous les éléments à cet effet existent et se trouvent réunis depuis l'ouverture de la succession. Aucun autre ne peut advenir ultérieurement. La liquidation ne

1. DELOM DE MÉZERAC, th. précit., p. 128 et 129.

saurait être regardée comme l'événement incertain d'où dépendrait le gain ou la perte du cessionnaire. Elle ne fait que préciser mathématiquement la situation qui est résultée immédiatement pour lui de son acquisition. Sans doute a-t-il pu réaliser une bonne ou une mauvaise affaire, mais aucun contrat commutatif n'est exempt d'aléa, au sens général du mot. Au cas d'achat par le mari d'une part indivise d'un immeuble déterminé, il est toujours possible que survienne postérieurement et avant l'exercice par la femme de son droit d'option une cause de plus ou moins-value qui rendra l'opération plus ou moins avantageuse qu'il ne pensait. Personne, dans cette hypothèse, ne refusera le droit d'option à la femme. Elle bénéficiera pourtant, en l'exerçant, de la connaissance d'événements imprévus par le mari¹. Aussi admettrons-nous l'application de l'article 1408 al. 2 à l'acquisition de droits successifs mobiliers et immobiliers sous le régime de la communauté d'acquêts.

232. Déduisons maintenant les conséquences, quant aux parts sociales, des propositions que nous venons d'énoncer. La femme mariée sous le régime de la communauté d'acquêts pourra exercer le droit d'option, à elle conféré par l'article 1408 al. 2, sur la fraction acquise par le mari d'une part sociale appartenant pour une autre fraction à la femme en commun avec d'autres personnes, à titre héréditaire ou à titre de donation ou de legs. Ce droit d'option sera reconnu à la femme, que l'acquisition porte exclusivement sur cette fraction de part sociale ou sur des droits successifs la comprenant. Si le mari acquiert sur licitation la totalité de la part sociale, la femme pourra, au lieu de se l'approprier, abandonner à la communauté la totalité de cette part, y compris la fraction qui lui appartenait. Si le mari n'en acquérait qu'une fraction, elle ne pourrait, au contraire, le forcer à prendre, pas plus que celui-ci ne pourrait la contraindre à lui céder la fraction possédée par elle en outre de celle acquise par lui.

233. L'article 1408 al. 2 s'appliquera à toutes les parts sociales, quelles qu'elles soient (intérêts, actions, parts d'une société à responsabilité limitée). Néanmoins, en ce qui concerne les intérêts ou parts dans une société à responsabilité limitée, des précisions sont nécessaires.

1. Cf. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 97 *ter*.

Il y a lieu de se demander, d'abord, si l'acquisition par le mari d'une fraction de part sociale de cette nature, dont une autre appartient à la femme, pour être parfaite vis-à-vis de la société ne devra pas être agréée par tous les autres associés ou la majorité fixée par l'article 22 de la loi du 7 mars 1925. En faveur de l'affirmative, on peut faire valoir que, bien que de telles parts sociales soient transmissibles par décès en vertu d'une clause spéciale des statuts (art. 1868 C. Civ.) ou de la loi (art. 36, l. 7 mars 1925), elles n'en restent pas moins incessibles entre vifs, tout au moins à des étrangers, sans l'agrément de tous les associés ou de la majorité. Or, le mari n'a aucun titre pour échapper à la nécessité de cet agrément ; il n'est pas héritier de l'associé décédé ; il est, malgré les liens étroits qui l'unissent à sa femme héritière de cet associé, complètement étranger à la société. Ce raisonnement est exact au cas où la femme laisse l'acquisition au mari.

Mais la femme ne peut-elle prendre pour son compte cette acquisition faite par le mari sans l'agrément des autres associés et l'imposer au respect de la société ? Cela ne paraît pas douteux, dans l'opinion qui considère le mari comme ayant agi en qualité de gérant d'affaires de la femme. Celle-ci est réputée avoir traité directement avec son ou ses co-héritiers (ou co-indivisaires). Or, comme nous l'avons admis¹, la cession d'une fraction de part d'intérêt, comprise dans une succession, faite par un héritier à son co-héritier, ne nécessite pas le consentement des autres associés. — Si l'on regarde, au contraire, le mari comme ayant agi pour son compte personnel, la solution sera encore la même. De deux choses l'une : ou le mari aura fait acte d'associé vis-à-vis de la société sans provoquer de protestation de la part des autres associés. L'attitude de ces derniers pourra être interprétée comme un acquiescement à l'entrée du mari dans la société. Aucune objection, dans ces conditions, ne saurait être légitimement opposée à la substitution au mari de la femme déjà associée. Ou les associés n'auront pas accepté le mari comme co-associé. La femme pourra-t-elle alors exercer le retrait et contraindre ses co-associés à la reconnaître titulaire de la part ainsi acquise ? Cela lui sera permis, sans nul doute, selon nous, s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, car, dans ces

1. V. *supra*, p. 249, note 1.

sociétés, les cessions de parts entre associés sont libres (arg. *a contrario* art. 22, l. 7 mars 1925). Or, le retrait a un effet rétroactif ; le mari est réputé n'avoir jamais été cessionnaire¹. Mais, dans une société de personnes véritable, un associé peut-il céder sa part à un co-associé sans le consentement des autres ? Même en se prononçant pour la négative dans les cas ordinaires, nous croyons qu'en l'espèce la femme pourrait exercer le retrait. Il s'agit, ne l'oublions pas, d'une cession par un co-héritier de la femme au mari. En exerçant le retrait, la femme, par l'effet rétroactif de cette opération, est censée tenir la fraction de part, qu'elle acquiert ainsi, directement du cédant de son mari, c'est-à-dire de son co-héritier. Or, nous pensons qu'une cession entre co-héritiers d'une fraction de part d'intérêt, comprise dans la succession, est possible sans l'agrément des autres associés, même si l'on repousse en général la libre cessibilité des parts d'intérêt entre associés en se fondant sur ce que la retraite d'un associé entraînerait la dissolution de la société (art. 1868, 5^o). Il faut, en effet, se rappeler les circonstances dans lesquelles l'acte en question intervient. La part d'intérêt sur laquelle il porte était, par hypothèse, transmissible par décès ; les associés survivants étaient obligés d'accepter les héritiers du décédé comme co-associés. Que l'un de ceux-ci abandonne la part d'associé, recueillie par lui dans la succession, à un de ses co-héritiers par convention entre eux, le nombre des personnes nouvelles, dont les associés survivants auront à supporter l'introduction dans la société, se trouve diminué de ce fait ; ils ne sauraient s'en plaindre. D'autre part, si l'acte est déclaratif, l'héritier cessionnaire est réputé avoir succédé seul et immédiatement au défunt quant à la part sociale ainsi acquise (art. 883 C. Civ.).

Enfin, toujours dans la même hypothèse, à quel moment la femme devra-t-elle exercer le retrait ? On admet, en règle générale, qu'elle peut l'exercer durant la communauté, mais qu'elle ne peut être mise en demeure de l'exercer qu'après

1. Nous admettons ainsi que l'effet rétroactif du retrait joue vis-à-vis de la société. Il y a lieu de remarquer, toutefois, qu'il n'a pas une portée absolue. Il ne joue pas vis-à-vis du cédant, qui conserve contre le mari, cela est fort compréhensible, son privilège et son action résolutoire à défaut de paiement du prix (AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 106).

la dissolution¹. En l'espèce, ne sera-t-elle pas obligée de l'exercer avant la dissolution, sous peine de ne plus le pouvoir par la suite ? Nous supposons, en effet, que le refus d'agréer le mari comme co-associé intervient au cours de la communauté. La femme ne doit-elle pas déclarer immédiatement sa volonté de prendre l'acquisition de son mari pour elle, sinon cette acquisition tombera et elle ne pourra plus en profiter. Nous ne croyons pas qu'il en soit nécessairement ainsi. Entre les parties la cession reste valable ; elle est simplement inopposable à la société ; le mari est croupier. La situation demeure telle jusqu'à ce que la femme se prononce, soit jusqu'après la dissolution de la communauté peut-être. En exerçant le retrait, elle rend ladite acquisition opposable à la société.

234. Ajoutons que, d'après l'opinion générale, le droit d'option peut être exercé, expressément ou tacitement, par les héritiers de la femme aussi bien que par elle², mais, du moins d'après la jurisprudence, non par ses créanciers³.

235. Quels sont les effets de l'option exercée ? Si la femme abandonne à la communauté la fraction de part sociale acquise par son mari, celle-ci tombe définitivement dans la communauté⁴ ; la femme est considérée comme n'ayant

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 101 ; LAURENT, XXI, n° 342 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 451 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 551 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 246 ; PLANIOL, III, n° 969 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 84. La plupart des arrêts refusent cependant à la femme le droit d'exercer le retrait durant la communauté : Cass. Req. 25 juillet 1844, S. 1844, I, 614 ; Nancy 9 juin 1854, S. 1854, II, 585 ; Rennes 9 février 1891, S. 1891, II, 127. *Contra* : Lyon 20 juillet 1843, S. 1844, II, 319 (régime dotal) ; Trib. Civ. Espalion 5 décembre 1923, S. 1924, II, 105.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 98 ; LAURENT, XXI, n° 335 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 547 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 245 ; PLANIOL, III, n° 968 ; Riom 12 décembre 1888, S. 1891, II, 85 ; Trib. Toulouse 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53.

3. Cass. 14 juillet 1834, S. 1834, I, 533 ; 8 mars 1837, S. 1837, I, 331 ; Riom 10 février 1836, S. 1836, II, 186 ; 12 décembre 1888 précité. *Contra* : AUBRY et RAU, § 312, texte et note 49 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 633 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 548.

4. Sauf s'il s'agit d'une part d'intérêt et que le mari n'ait pas obtenu l'agrément des autres associés. Son acquisition devient alors caduque ; il peut néanmoins rester croupier.

jamais eu aucun droit propre sur elle. Si l'acquisition a eu lieu sur licitation, toute la part sociale devient commune, y compris la fraction appartenant à la femme, à laquelle la communauté devra verser la portion du prix afférente à cette fraction. Si, au contraire, la femme a déclaré prendre à son compte l'acquisition de son mari, la fraction de part sociale, objet de cette acquisition, lui devient propre ; elle devra seulement rembourser à la communauté le prix payé par cette dernière.

236. Une question se pose alors. Quelle aura été la condition de cette fraction de part sociale pendant le temps couru du jour de l'acquisition faite par le mari jusqu'au jour de l'option de la femme ? Bien de communauté ou bien propre ? Cette question est vivement controversée. Une grande partie de la doctrine se prononce pour la première solution, la Cour de Cassation et certains auteurs pour la seconde. Les partisans de la première solution corrigent, d'ailleurs, les inconvénients, qu'elle pourrait avoir pour la femme, en attribuant un effet rétroactif au retrait exercé par celle-ci¹. Ainsi sont atténuées, sans être supprimées, les différences pratiques qui séparent les deux systèmes.

237. Pour rendre propre à la femme dès le début le bien acquis par le mari, on regarde celui-ci comme ayant agi en qualité de mandataire tacite ou de gérant d'affaires de celle-là. En prenant l'acquisition pour elle, la femme n'exerce pas, en vérité, un retrait. L'expression est impropre. Elle ratifie l'acte accompli par son mari dans son intérêt. Cette manière de voir, dit-on, est conforme à la tradition² et à l'esprit même de la règle romaine d'où découle la disposition de l'article 1408 al. 2. Primitivement, l'accroissement au profit de la femme était forcé ; puis, il est devenu facultatif, c'est-à-dire que l'on a accordé à la femme la faculté de le répudier ; mais il se produit toujours par le fait même de l'acquisition du mari, la femme peut seulement refuser ce gain réalisé en dehors d'elle et susceptible de lui coûter plus cher qu'il ne vaut. Cette opi-

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 105 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 559. *Contra* : LAURENT, XXI, n°s 348-353.

2. POTHIER, *Tr. de la Communauté*, n° 151.

nion a, de plus, l'avantage d'éviter les conséquences fâcheuses pour les tiers de la rétroactivité¹.

238. En faveur de l'entrée en communauté initiale du bien acquis par le mari, on fait observer qu'il est contraire aux motifs de l'article 1408 al. 2 de considérer le mari comme ayant agi en qualité de mandataire tacite ou de gérant d'affaires de la femme. Cette disposition procède d'une idée de défiance contre lui ; elle part de la présomption qu'il a voulu frustrer sa femme, et non de celle qu'il a agi dans l'intérêt de cette dernière. Elle suppose bien, en employant les mots « en son nom personnel », que le mari a réalisé l'opération pour son compte. C'est donc un véritable retrait qu'elle accorde à la femme ; elle dit, en effet, que la femme aura le choix « ... de retirer l'immeuble... ». On peut ajouter que l'opinion adverse n'est pas plus protectrice de la situation des tiers. La prudence commande à ceux-ci de se renseigner sur la manière dont le mari a acquis le bien qu'il leur propose. Du moment qu'ils savent que ce bien a été acheté par le mari, dans des conditions telles qu'elles permettent l'exercice par la femme du droit d'option à elle conféré par l'article 1408 al. 2, ils doivent se tenir sur leurs gardes : que le bien soit, dans l'attente, propre à la femme sous condition suspensive de sa ratification, ou conquêt de communauté sous condition résolutoire de l'exercice par elle du retrait d'indivision, ils ne peuvent ignorer les risques auxquels ils s'exposeront, s'ils consentent à traiter sur ce bien avec le mari².

239. Cette dernière opinion paraît, certes, mieux en harmonie avec l'esprit dans lequel a été conçu l'article 1408, al. 2. Mais la première opinion ne conserve-t-elle pas plus purement le mécanisme originaire de l'institution ? C'est critiquable. La loi 78, § 4 *De jure dotium* ne repose pas sur une idée

1. Cass. Civ. 17 février 1886, S. 1886, I, 161, *J. Pal.* 1886, 379, note critique de M. LYON-CAEN ; COLIN et CAPITANT, III, p. 83 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, nos 642 et 648.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 99 et 104 ; LAURENT, XXI, nos 340 et 350 ; COLMET DE SANTERRE, VI, n° 137 bis-VI et s. ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 556 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 458 ; Nancy 9 juin 1854, S. 1854, II, 785, D. P. 1855, II, 251 ; Caen 31 juillet 1858, S. 1859, II, 97 ; Trib. Toulouse 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53 ; Trib. Espalion 5 décembre 1923 (sol. impl.), S. 1924, II, 105 et la note de M. VIALLETON.

de gestion d'affaires. Et puis, elle n'imprime pas le caractère dotal à la part acquise par le mari du co-indivisaire de sa femme ; il est libre de l'aliéner pendant le mariage ; il est simplement obligé, s'il la possède encore à la dissolution du mariage, de la restituer à la femme avec celle qui lui est venue du chef de cette dernière, et qui seule est demeurée dotale¹. Si l'on s'inspire de ces principes pour déterminer les effets de l'article 1408, al. 2, il ne nous semble pas douteux qu'il faille déclarer commune la part acquise par le mari jusqu'à ce qu'elle soit revendiquée par la femme. Pourquoi la déclarerait-on propre à la femme pendant cette période puisque le droit romain lui refusait le caractère dotal, la soumettait à l'omnipotence du mari avant de l'attribuer à la femme. Notre droit moderne, en dotant de rétroactivité le retrait exercé par celle-ci, est encore plus protecteur de ses intérêts. On ajoute que nos anciens auteurs, en reconnaissant le droit d'option à la femme, disaient que le mari était présumé avoir agi dans l'intérêt de la femme, comme mandataire tacite ou comme gérant d'affaires de celle-ci. Il ne faut pas attacher trop d'importance à ces assertions. Le droit d'option, ne l'oublions pas, ne fut conféré à la femme que tout à fait à la fin de notre ancien droit (xviii^e siècle) et non sans discussion. Toutes les conséquences de cette innovation n'étaient pas encore bien dégagées lors de la rédaction du Code Civil, qui nous l'a transmise sans autres précisions. Pour déterminer le fonctionnement de l'institution contenue dans l'article 1408, al. 2, il faut donc se référer à son esprit. Or cet esprit, avons-nous vu, conduit à rendre commune la part indivise acquise par le mari. Au surplus, cette solution est la plus avantageuse pour la femme². La

1. « *Sed an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio videamus ? Julianus de parte tantum dotali loquitur ; et ego dixi in auditorio, illam solam dotaalem esse.* » Tryphoninus, Dig. XXIII, III, De jure dotium, 78, § 4 (in fine). Cf. TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 649.

2. Dans cette opinion, les risques, pendant la période qui précède l'option, sont pour la communauté, les héritiers de la femme ne sont pas tenus de payer les droits de mutation par décès sur les parts acquises, avant d'avoir retrayé (Trib. Toulouse 27 janvier 1894, S. 1896, II, 53 et la note de M. A. W.), la femme n'est pas soumise, avant cet acte, aux poursuites des vendeurs pour paiement du prix. Si l'on voit dans les parts

Cour de Cassation a, d'ailleurs, rendu des décisions, qui ne s'accordent pas avec l'idée de gestion d'affaires, antérieurement, il est vrai, aux arrêts dans lesquels elle proclame cette idée¹.

240. Ne convient-il pas, toutefois, d'adopter un système intermédiaire, alliant les deux précédents : si le mari a fait l'acquisition dans l'intérêt de la femme, il y a gestion d'affaires, et la part acquise devient propre à la femme immédiatement sous condition de ratification par celle-ci ; si le mari a fait l'acquisition pour le compte de la communauté ou pour son compte personnel (par exemple en remploi de propre), la part acquise entre dans la communauté ou devient propre au mari, sauf la faculté pour la femme de la retrayer². Cette distinction est très raisonnable en soi et conforme à l'esprit de l'article 1408, al. 2, tel que nous l'avons défini. Mais elle a l'inconvénient de se baser sur un élément subjectif, l'intention du mari, et cette intention sera souvent difficile à établir. Le mari bien souvent ne déclarera pas dans l'acte pour le compte de qui il entend faire l'acquisition. Faudra-t-il présumer qu'il a agi pour le compte de la femme ou pour celui de la communauté ? Suivant que l'on adoptera la première ou la deuxième présomption, on assurera en fait la prédominance de la première ou de la deuxième opinion exposée ci-dessus. Pour nous, nous présumerions qu'il a agi pour le compte de la communauté ; cela concorde mieux avec les principes généraux de ce régime ; et nous nous rallierions, sous cette condition, à ce système mixte.

241. Ainsi donc, d'après la conception de la Cour de Cassa-

acquises par le mari des propres à la femme *ab initio*, elle est au contraire obligée de supporter les risques, les poursuites des vendeurs, et ses héritiers sont tenus de payer les droits de succession sur les parts acquises, avant l'exercice du retrait.

1. Cass. Civ. 14 novembre 1854, S. 1855, I, 718, *J. Pal.* 1856, I, 61. Cet arrêt décide que la femme, par l'exercice du retrait, ne devient pas débitrice personnelle des vendeurs du mari ; elle est seulement tenue vis-à-vis d'eux comme détentrice de l'immeuble grevé de leur privilège de vendeurs et de l'action résolutoire. Cf. aussi Cass. Req. 25 juillet 1844, S. 1844, I, 614, *J. Pal.* 1845, I, 48, donnant la priorité au retrait successoral exercé par des co-héritiers de la femme sur le retrait d'indivision exercé par la femme.

2. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 242.

tion, la fraction de part sociale acquise par le mari d'un co-héritier ou co-indivisaire de la femme revêtira de suite le caractère de propre au profit de celle-ci. Les pouvoirs du mari sur cette fraction de part sociale seront ceux que lui confère sa qualité d'administrateur des biens propres de sa femme. C'est à ce titre, si les statuts le permettent, qu'il pourra participer aux affaires sociales.

D'après l'opinion adverse, qui nous semble préférable, cette fraction de part sociale entrera dans la communauté en attendant que la femme la retrace. Le mari aura sur elle, en principe, ses pouvoirs de chef de communauté, pouvoirs dont la portée sera pratiquement restreinte par la rétroactivité du retrait. Nous concéderions, toutefois, au premier système que ladite fraction de part sociale sera propre à la femme *ab initio*, sous condition de ratification par elle, dans le cas où le mari aurait expressément déclaré dans l'acte qu'il réalisait l'acquisition pour le compte de sa femme.

242. A défaut d'exercice par la femme de son droit d'option pendant les trente années qui suivront la dissolution de la communauté, ce droit sera prescrit et la fraction de part sociale acquise par le mari deviendra définitivement propre ou commune, suivant l'une ou l'autre des deux opinions précitées. La prescription consolidera, en effet, l'état précaire antérieur.

SECTION IV

Parts sociales données ou léguées pendant la communauté

243. Sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, les biens donnés ou légués pendant le mariage sont propres à l'époux donataire ou légataire. Les parts sociales advenues à l'un des époux par donation ou par legs pendant le mariage n'entreront donc pas dans la communauté.

Les donations ou legs de parts d'intérêt ne semblent pas devoir être très fréquents en pratique. Ils exigent, pour faire du bénéficiaire un associé, le consentement de tous les autres associés, sinon il ne sera que croupier. Cependant il peut arriver, par exemple, qu'un père, avec cet agrément donné par anticipation à l'acte de société ou lors de la cession, constitue en dot à son fils ou lui donne pendant le mariage

la part ou une fraction de la part qu'il possède dans une société de personnes.

Les donations ou legs d'actions sont incontestablement plus usuels. Cela tient à deux raisons : la diffusion de ces sortes de valeurs et leur libre cessibilité à titre gratuit aussi bien qu'à titre onéreux.

244. Toutes les donations, quelle qu'en soit la forme, sont constitutives de propres : les donations déguisées, les dons manuels, les donations indirectes, comme les donations revêtues des solennités voulues par la loi¹.

245. En ce qui concerne ces dernières, l'article 948 C. Civ. dispose que « tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur, et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation ». Cet état estimatif sera-t-il nécessaire pour les donations de parts sociales ? Oui, en principe, car il est constant, en doctrine et en jurisprudence, que l'article 948 s'applique non seulement aux donations de meubles corporels, mais encore aux donations de meubles incorporels. Cependant, la jurisprudence se montre large pour apprécier si la formalité prévue par cet article est ou non accomplie. D'abord, elle n'exige pas d'état séparé qui serait annexé à l'acte de donation ; toutes les énonciations que doit contenir cet état peuvent figurer dans l'acte de donation lui-même. Faudra-t-il, néanmoins, qu'une estimation soit donnée à la part sociale, soit dans l'acte de donation, soit dans un état annexé ? A la vérité, nous ne croyons pas cela indispensable, surtout pour les parts d'intérêt. Le but de la prescription de l'article 948 est d'assurer l'irrévocabilité de la donation en empêchant que le donateur ne livre des objets de moindre valeur que ceux réellement donnés (il y aurait là une révocation partielle) ; elle sert également à fixer l'étendue de l'obligation de restitution du donataire, en cas de rapport ou de réduction. Pour que ces buts puissent être atteints, il faut et il suffit que la chose

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 58 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 592 ; LAURENT, XXI, n° 314 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n° 454 *in fine* ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 361 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 225.

donnée soit nettement individualisée. Aux yeux de la loi, l'estimation n'est donc qu'un élément d'identification ; on conçoit qu'elle soit obligatoire, lorsqu'il s'agit de meubles corporels ; leur description risque bien souvent d'être insuffisante. L'estimation perd sa raison d'être, elle est même parfois impossible, et il n'y a pas lieu de l'exiger, lorsqu'il s'agit de droits dont l'objet est déterminé d'une manière certaine, mais dont la valeur ne peut être fixée qu'au moyen d'une liquidation ultérieure, comme les droits qui peuvent appartenir au donateur dans une communauté ou dans une succession. Telle est l'opinion qu'ont consacrée la Cour de Bordeaux, puis la Chambre des Requêtes à l'occasion d'une donation, faite par une femme mariée, des reprises et indemnités qu'elle pourrait avoir à exercer contre la communauté ou contre son mari¹. La Cour de Cassation ajoute que, d'ailleurs, « l'état prescrit par l'article 948 C. Civ. ne tient pas à la solennité de la donation ; il peut être remplacé par équipollent tel qu'un inventaire auquel se réfèrent les parties ou par tout autre acte pouvant fixer, d'une manière invariable, la consistance et la valeur des objets donnés ». Toutes ces considérations nous conduisent à penser que l'estimation de la part sociale n'est pas nécessaire dans l'acte de donation ; il suffit que cette part soit clairement désignée, avec référence aux statuts et aux inventaires sociaux. On pourra même admettre que cette référence soit tacite. S'il s'agit d'actions cotées en Bourse, on pourra présumer que les parties ont entendu se référer au cours de la Bourse du jour de la donation². Toutefois, en pratique, il sera plus prudent d'évaluer dans l'acte la part sociale donnée. Cette évaluation sera requise, du reste, pour la perception du droit d'enregistrement.

Quant aux éléments propres à individualiser les parts sociales données, ils varient suivant que ce sont des actions nominatives, des actions au porteur ou des intérêts. Pour ces derniers, il y aura lieu d'énoncer succinctement l'acte de société (date de l'acte, raison sociale, noms des associés,

1. Bordeaux 19 juillet 1853 et Cass. Req. 11 avril 1854, S. 1855, I, 297, J. Pal. 1855, I, 572, D. P. 1854, I, 246.

2. Ch.-L. JULLIOT, *Des Règles du Contrat de Mariage dans leur application aux transferts et conversions de titres nominatifs*, thèse Paris 1899, p. 145.

objet, siège social). Pour les actions au porteur, il faudra indiquer, outre la dénomination de la société, leurs numéros. Pour les actions nominatives, on indiquera également leurs numéros avec l'immatricule au nom du donateur. Si la donation porte sur plusieurs actions d'une même société, toutes réunies dans un même certificat, il suffira, semble-t-il, d'indiquer le numéro de ce certificat. L'indication de ce numéro ne serait peut-être même pas nécessaire si le donateur ne possédait pas d'autre certificat d'actions de ladite société. Mais il conviendra d'indiquer le numéro de chaque action donnée, comprise au certificat, si une ou plusieurs actions de ce certificat sont exclues de la donation¹. Toutes ces indications serviront à l'époux donataire à établir, le cas échéant, son droit à la reprise des actions ou parts d'intérêt à lui données.

246. Les dons manuels s'effectuent par simple tradition : ils supposent donc un meuble corporel. Les actions au porteur étant traitées comme des meubles corporels peuvent faire l'objet de dons manuels². Ainsi acquises, elles formeront des propres à l'époux donataire, sauf à lui à fournir la preuve nécessaire pour en exercer la reprise. Le don manuel ne peut s'appliquer aux actions nominatives ni aux parts d'intérêt.

247. Mais un autre moyen équivalant à la tradition pour les titres au porteur permet de réaliser une donation d'actions nominatives sans employer les formes prescrites par la loi : c'est le transfert réel. Le donateur n'a qu'à requérir de la société le transfert d'actions, dont il est titulaire, au nom de la personne qu'il veut gratifier ; la société est tenue de l'accomplir sans avoir à s'enquérir du titre translatif, et le donataire deviendra, sans autre formalité, propriétaire, vis-à-vis de tout le monde, des actions transférées à son nom³. S'il est marié sous le régime de la communauté d'acquêts, ces actions lui demeureront propres, toujours sous réserve de la preuve de la donation, qu'il devra fournir.

1. Cf. JULLIOT, th. précit., p. 145 et 146.

2. Cass. Req. 15 avril 1890 (sol. impl.), S. 1891, I, 542, J. Pal. 1891, I, 811, D. P. 1891, I, 388.

3. Cass. Civ. 24 juillet 1844, J. Pal. chr., et sur renvoi Orléans 9 juillet 1845, J. Pal. 1845, II, 340, D. P. 1846, II, 31.

248. Ce procédé est spécial aux actions nominatives. Quant aux parts d'intérêt, il est également possible d'en effectuer la donation en se soustrayant aux solennités légales : il n'y a qu'à simuler une cession à titre onéreux au profit de la personne que l'on veut gratifier ; une quittance fictive du prix sera délivrée à celle-ci. Cette manière d'agir est reconnue valable par la jurisprudence. Un intérêt acquis de cette façon restera propre à l'époux bénéficiaire. Encore lui faudra-t-il prouver la simulation.

La donation déguisée de part sociale pourra se présenter sous les apparences de contrats à titre onéreux autres que la cession-vente. Elle pourra résulter, notamment, du contrat de société lui-même¹. Un arrêt récent de la Cour de Paris nous en offre un exemple remarquable². Au cours de la communauté d'acquêts, le mari avait contracté une société avec son père et son frère. Le père avait apporté dans cette société un capital important en argent (5.600.000 francs) ; les fils uniquement leurs connaissances techniques et commerciales ; il y avait disproportion flagrante entre l'apport du père et ceux des fils. Les bénéfices réalisés par la société, c'est sans nul doute au capital du père qu'ils étaient dus, bien davantage qu'aux connaissances plus ou moins réelles des fils ; ceux-ci profitaient donc du produit d'une chose fournie par leur père ; les avantages, qu'ils tiraient ainsi, étaient bien supérieurs aux gains auxquels ils pouvaient prétendre, eu égard à leurs prestations ; le caractère gratuit dominait dans l'attribution de part sociale que leur avait consentie le père ; l'intention libérale de ce dernier n'était pas douteuse. Aussi est-ce avec raison que la Cour de Paris a vu là une donation déguisée faite par le père à ses fils, et en a conclu que la part du fils, marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, lui était restée propre.

249. Toutes les donations, quelle que soit leur nature,

1. Une donation déguisée peut être valablement faite à l'un des associés par le contrat de société : Cass. Civ. 5 janvier 1886, *J. Pal.* 1886, I, 593 et la note de M. LABBÉ.

2. Paris 20 novembre 1923, D. P. 1924, II, 121 et la note de M. NAST ; Cf. observations de M. GAUDEMET sur cet arrêt dans *Rev. tr. de Dr. Civ.* 1924, p. 97.

forment des propres, telles les donations avec charges¹ et les donations rémunératoires².

S'il s'agit d'une donation avec charge, le bien donné ne sera propre à l'époux donataire que sauf récompense à la communauté qui aurait acquitté la charge. Toutefois, dans le cas où cette dernière consisterait en une rente viagère, les arrérages incomberaient à la communauté sans récompense jusqu'à sa dissolution (art. 1409, 3^o)³, en tant du moins qu'ils n'excéderaient pas les revenus du bien donné⁴. La charge devra être, d'ailleurs, sensiblement inférieure à l'avantage procuré au donataire, sinon il y aurait, en réalité, un contrat onéreux, déguisé sous forme de libéralité, et le bien acquis par l'époux en vertu de ce contrat devrait alors entrer dans la communauté, qui supporterait en revanche la charge sans récompense. — La donation de part sociale avec charge se conçoit aisément en pratique. On peut imaginer qu'une personne, dont la fortune se compose principalement d'actions de sociétés, donne à une autre personne, qu'elle veut gratifier, un certain nombre de ses actions à charge par le donataire de lui servir une rente viagère, dont le montant sera inférieur aux dividendes produits par les actions données.

250. Quant aux donations rémunératoires, il importe de les distinguer des simples rémunérations. Tous les produits quelconques de l'industrie des époux entrent, en effet, dans la communauté d'acquêts, et les rémunérations ou gratifications, qui leur sont allouées à raison de services rendus à l'État ou à des particuliers, sont considérées comme des fruits

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 57 ; DURANTON, XIV, n^o 261 ; RODIÈRE et PONT, I, n^o 592 ; LAURENT, XXI, n^o 313 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n^o 454 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 361 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 225.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 5 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n^o 1461 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n^o 1282 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 406, p. 444, note 2.

3. Cass. Req. 5 août 1878, S. 1879, I, 301, *J. Pal.* 1879, I, 757 ; DURANTON, XIV, n^o 190.

4. Trib. Civ. Nogent-le-Rotrou 30 décembre 1871, S. 1872, II, 209, *J. Pal.* 1872, I, 830. Cf. pour les biens acquis à titre onéreux avant le mariage moyennant une rente viagère : AUBRY et RAU, VIII, § 508, texte et note 27 ; Bordeaux 10 mai 1871, S. 1871, II, 136, *J. Pal.* 1871, I, 497.

de leur activité¹. C'est ainsi que des arrêts ont déclaré commune la récompense nationale accordée à un général pour sa conduite sur le champ de bataille² ou à un citoyen blessé en combattant pour la cause publique³. De même on s'accorde généralement à attribuer à la communauté l'office conféré gratuitement au mari pendant le mariage, car ce n'est pas dans un esprit de libéralité que cette concession est faite, mais en considération de l'aptitude du bénéficiaire à remplir les fonctions à lui confiées⁴. Comment alors différenciera-t-on les donations rémunératoires des simples rémunérations ? La donation rémunératoire est sans doute inspirée par le souvenir de services rendus, mais son auteur ne cherche pas seulement à établir l'équivalence entre ce qu'il donne et les avantages qui lui ont été procurés ; il rend plus qu'il n'a reçu ; il ne s'acquitte pas simplement d'une obligation naturelle ou d'un devoir moral ; il agit dans une pensée de libéralité. Les rémunérations ou gratifications ordinaires se rapprochent des donations rémunératoires, en ce qu'elles sont accomplies en l'absence de toute action compétant au gratifié, mais elles s'en distinguent, en ce qu'elles sont mesurées, plus ou moins largement, à l'importance des services rendus, ou du moins en ce qu'elles ont ceux-ci pour cause exclusive, leur auteur, même en se montrant généreux, n'ayant pas l'intention de faire une libéralité⁵.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 522, p. 304 ; LAURENT, XXIII, n° 133 ; DE FOLLEVILLE, n° 573 ; TESSIER, *Tr. de la société d'acquêts*, 2^e éd. par DELOYNES, n° 93, note 1, 4^o, p. 159 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1457 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1284 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 406.

2. Cass. Req. 7 novembre 1827, S. 1828, I, 186, D. P. 1828, I, 14. *Contra* : HUC, IX, n° 355.

3. Colmar 20 décembre 1832, S. 1833, II, 185, D. P. 1833, II, 91.

4. AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 6 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 1251 ; DE FOLLEVILLE, n° 579 bis ; TESSIER, *Tr. de la Société d'Acquêts*, 2^e éd. par DELOYNES, n° 102, note 1, p. 168 ; PIOLET, *Et. sur la communauté réduite aux acquêts*, p. 55 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1458 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1288 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 407 ; Douai 15 novembre 1833, S. 1834, II, 189 ; Agen 2 décembre 1836, S. 1837, II, 309 ; Cass. Civ. 4 janvier 1853, S. 1853, I, 468, D. P. 1853, I, 73 ; Riom 28 mars 1859, D. P. 1860, V, 66. *Contra* : HUC, IX, n° 356 ; Metz 25 décembre 1835, S. 1836, II, 255 ; Bordeaux 2 juillet 1840, S. 1840, II, 398.

5. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1282.

L'occasion d'appliquer cette distinction s'offrira à propos des parts sociales. Nous citerons d'abord un cas où le bénéficiaire ne devient pas associé mais est mis dans une situation, à certains égards, semblable, ce cas étant le plus usuel : la société dans laquelle est employé un époux marié sous le régime de la communauté réduite aux acquêts vient à lui distribuer, au cours du mariage, en sus de son salaire ou de ses appointements, une portion de bénéfices. C'est là une simple gratification, un supplément de salaire, ce n'est en aucune façon une donation ; l'émolument en tombera dans la communauté. Il peut aussi être attribué à l'employé une véritable part sociale à raison des services par lui rendus, et, si elle lui est donnée pendant le mariage, elle formera un acquêt¹. De même, entreront dans la communauté d'acquêts les parts de fondateur concédées pendant le mariage à un époux en rémunération des idées fécondes et des facultés exceptionnelles qu'il a apportées à l'organisation de la société². — Si, au contraire, la cession ou concession d'actions ou plus généralement de parts sociales est faite dans une intention libérale, bien qu'elle soit provoquée par le souvenir de services rendus, les actions ou parts sociales ainsi acquises par un époux pendant le mariage constitueront des propres³.

1. Trib. Civ. Seine 8 juillet 1898, *La Loi* 24-25 août 1898. Ce jugement déclare communes les actions de la société commerciale et les parts de la société civile du Bon Marché, acquises par un employé de cet établissement pendant le mariage sous le régime de la communauté d'acquêts ; les membres de l'une et l'autre société étaient pris nécessairement parmi les employés de la maison Boucicaut, devaient opérer un apport et étaient révocables. Le jugement estime que ces sociétés ont été par suite conçues dans une pensée généreuse sans doute, mais dans un but commercial indiscutable et dans des conditions qui devaient faire considérer leurs membres comme des associés ou plutôt comme des employés intéressés bénéficiant d'une très large rémunération des services rendus. V. aussi Nancy 2 juillet 1898, *Gaz. Pal.* 1898, II, 457. Cet arrêt déclare communes des actions cédées à un époux, pendant le mariage avec communauté d'acquêts, pour un prix très inférieur à leur valeur réelle (15.000 fr. au lieu de 50.000 fr.), afin de le rémunérer des services par lui rendus à la société et de ceux qu'il devait rendre à l'avenir, rémunération ajoutée à ses appointements annuels.

2. Cass. Req. 6 juillet 1905, S. 1908, I, 289, note de M. WAHL.

3. Chambéry 25 août 1879, S. 1880, II, 53, D. P. 1880, II, 196. Il s'agissait, en l'espèce, d'une somme d'argent assez importante donnée à un serviteur. La même solution aurait été, sans nul doute, admise, si ce serviteur avait reçu des actions au lieu d'une somme d'argent.

Il est à remarquer, enfin, que la distribution gratuite d'actions, que les sociétés dans une situation prospère font à leurs actionnaires, n'est pas un acte de libéralité. Elle opère seulement la transformation de droits préexistants des actionnaires. Les actions ainsi distribuées seront communes ou propres, suivant que les droits préexistants seront eux-mêmes communs ou propres. Nous examinerons cette question plus loin¹.

SECTION V

Parts sociales reçues par accommodement de famille

(art. 1406)

251. Aux termes de l'article 1406 C. Civ., « L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté ; sauf récompense ou indemnité ». Ce texte apporte une exception au droit commun ; il prévoit deux modes d'acquisition à titre onéreux, qui eussent dû, par conséquent et contrairement à ce qu'il décide, former des conquêts. Il est vrai que l'immeuble cédé pourrait être d'une valeur supérieure au montant de la dette de l'ascendant envers l'époux ou des dettes mises à la charge de ce dernier. Mais alors il y aurait une libéralité tombant sous le coup de l'article 1405.

252. Cette cause spéciale de propres, instituée par l'article 1406 pour les immeubles sous la communauté légale, doit-elle être admise aussi pour les meubles sous la communauté réduite aux acquêts ?

Pour répondre à cette question, il convient de rechercher les motifs dudit article. La solution qu'il consacre a été prise dans notre ancien droit. Pothier en donne l'explication suivante. Les actes dont s'agit sont des accommodements de famille ; ils ne font que préétablir une situation qui se serait produite au décès du père. A ce moment, le fils serait devenu propriétaire de l'immeuble, s'il ne lui avait déjà été abandonné, mais sa créance envers le père se serait éteinte par confusion, et il se serait trouvé obligé de payer les dettes de

1. V. *infra*, tit. II, ch. 1^{er}, sect. 1, § 2.

son père envers les étrangers. Le fils est donc censé recevoir cet immeuble en avancement d'hoirie. Il est juste qu'il lui devienne propre, comme il le lui serait devenu, si les choses avaient été laissées en l'état jusqu'à l'ouverture de la succession¹.

253. Malgré tout, la disposition de l'article 1406 est une disposition de faveur, puisque les opérations visées par elle apparaissent en elles-mêmes comme des actes à titre onéreux, et il appartient au législateur seul de les assimiler à une succession. On n'appliquera donc ce texte qu'aux actes accomplis dans les conditions qu'il prévoit, savoir :

1^o La cession devra émaner du père, de la mère ou d'un autre ascendant, mais non d'un collatéral, même ayant l'époux cessionnaire pour héritier présomptif, encore moins d'un étranger qui l'aurait institué son légataire universel. Par contre, il est inutile que ledit époux vienne réellement succéder à l'ascendant ; bien qu'il renonce ou soit exclu par des héritiers plus proches, l'immeuble à lui cédé lui restera propre.

2^o Il faudra, d'autre part, que la contre-partie fournie par l'époux cessionnaire consiste soit à renoncer à sa créance contre son ascendant, soit à prendre à sa charge les dettes de ce dernier. L'article 1406 ne mentionne pas la vente d'un immeuble par un ascendant à son descendant, il ne saurait être étendu à cette hypothèse. Cela s'explique : l'époux, en ce cas, après avoir payé le prix de l'immeuble à l'ascendant, devra encore, lorsqu'il lui aura succédé, assumer les dettes de celui-ci ou subir la confusion de sa créance. Les choses ne se passent donc pas comme s'il y avait eu un simple avancement d'hoirie. La vente à rente viagère doit, à ce point de vue, être assimilée à la vente pure et simple. Certes, la cession à un époux d'un immeuble moyennant une rente viagère formerait un propre si, en raison de la modicité de la rente, l'opération constituait une libéralité avec charge, mais ce serait en vertu de l'article 1405. Il y aurait lieu alors d'établir le caractère gratuit de l'acte ; la disposition de l'article 918 qui traite comme une donation toute aliénation à rente viagère entre successibles en ligne directe ne saurait être invoquée en l'espèce ; cette disposition a pour but d'écarter une

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, n^o 139.

fraude aux lois sur la réserve héréditaire ; elle est donc étrangère à la matière du régime de communauté entre époux¹.

254. Mais, si l'interprétation littérale s'impose incontestablement sur les points que nous venons d'examiner, est-elle également de rigueur en ce qui concerne la nature de l'objet cédé ? L'article 1406 vise un immeuble. Ne serait-il pas applicable, si l'abandon par l'ascendant à l'un des époux dans les conditions ci-dessus précisées était un meuble ? Pour la négative, on allègue le caractère exceptionnel de ce texte. En aucune manière on ne doit en étendre l'empire au delà de l'hypothèse exacte qu'il prévoit. D'ailleurs, les rédacteurs du Code Civil n'ont certainement pas eu l'intention de l'appliquer aux meubles, qu'ils considéraient encore comme des choses de peu de valeur². — Nous répondrons à cela que, si les rédacteurs du Code Civil n'ont pas parlé de meuble dans l'article 1406, c'est qu'ils traitent les opérations énoncées en cet article comme des avancements d'hoirie et que seul, sous la communauté légale, pour laquelle il est écrit, les immeubles recueillis par succession constituent des propres. Sous la communauté d'acquêts, au contraire, les meubles provenant de succession sont propres, et il y a autant de raison de déclarer propres les meubles acquis en avancement d'hoirie dans les conditions de l'article 1406 que les immeubles acquis dans les mêmes conditions. C'est le cas d'invoquer la maxime : *ubi eadem ratio, eadem lex*. Si le législateur de 1804 a négligé les meubles en raison de leur peu d'importance à l'époque, il nous appartient d'adapter son œuvre au développement actuel de la richesse mobilière, toutes les fois que les cadres établis s'y prêtent. Nous revivifierons ainsi les institutions qu'il nous a données, et nous en assurerons la durée. — Mais, dira-t-on, s'en tenir strictement aux termes mêmes du texte sur certains points, y ajouter sur d'autres, c'est employer deux méthodes d'interprétation opposées à l'égard d'une même disposition. Nous croyons que chacune de ces deux méthodes se justifie quant à l'objet auquel elle s'applique. Nous avons suivi la règle d'interprétation stricte en ce qui

1. Cass. Req. 1^{er} mai 1912, S. 1920, I, 196, D. P. 1913, I, 297, note de M. MAGNOL.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1298 *in fine*.

concerne la détermination des personnes, entre lesquelles l'acte devait intervenir, et de la nature de la charge imposée à l'époux cessionnaire. C'est là que se trouvent les conditions essentielles de la disposition de l'article 1406, celles qui en forment la charpente ; on doit les maintenir dans toute leur rigidité. Mais qu'importe le caractère mobilier ou immobilier du bien cédé. Il n'influe en rien sur la nature de l'acte, nature qui constitue la seule base de l'article 1406. Dès lors l'extension de cet article aux meubles sous la communauté d'acquêts va de soi. Elle ne se heurte à aucune barrière solide¹.

Nous dirons donc, conformément à l'article 1406, que la part sociale cédée ou abandonnée par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit à titre de dot², de compte de tutelle ou autre, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point dans la communauté d'acquêts, sauf récompense ou indemnité. Il y aura lieu notamment à récompense, lorsque les dettes de l'ascendant envers des étrangers auront été payées par la caisse commune, ou lorsque la créance de l'époux sur l'ascendant serait entrée dans la communauté, par exemple si elle provenait d'un prêt fait à l'aide de deniers communs. Aucune récompense ne serait due, si la créance de l'époux lui était restée propre, par exemple si elle résultait d'une promesse de dot ou d'un reliquat de compte de tutelle.

En ce qui concerne l'abandon ou la cession de la part sociale, il n'y a rien de particulier à dire, si ce n'est à rappeler la distinction à établir entre les actions, dont la cession s'opé-

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, nos 410 et 413 ; PIOLET, *Et. sur la communauté réduite aux acquêts*, p. 74, 2^o, a ; HOCHART, *De la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris 1887, p. 120.

2. Cf. Trib. Avallon 17 mars 1920, *Rép. Gén. prat. du notar.* 1920, art. 19685, admettant (dans ses motifs) la reprise en nature à titre de propre d'un titre de rente donné en paiement, au cours du mariage, d'une somme d'argent constituée en dot à la femme. Cette solution n'impliquait-elle pas l'application de l'art. 1406 ? Le titre de rente, en effet, n'aurait pu être subrogé à la somme d'argent constituée en dot que si les formalités du remploi avaient été remplies ; sinon la femme n'aurait eu droit qu'à récompense du montant de ladite somme. Or, il n'apparaît pas que ces formalités eussent été accomplies. Mais, pour que l'article 1406 fût applicable en l'espèce, il aurait fallu que la dot fût constituée par un ascendant, et le jugement ne nous dit pas qui était le constituant.

ra librement entre l'ascendant et l'époux, et les intérêts, dont la cession nécessitera le consentement des autres associés pour être valable à leur égard.

SECTION VI

Parts sociales acquises par don de fortune

255. On reconnaît généralement que la portion du trésor attribuée *jure inventionis* à l'époux qui l'a trouvé (art. 716 C. Civ.) est propre à ce dernier¹. Il s'agit là d'un pur don de fortune, d'un gain qui ne peut être considéré comme le fruit du travail de l'époux inventeur. Quant à la part du trésor attribuée *jure soli* à l'époux propriétaire du sol sur lequel il a été découvert par un autre, elle reste également propre à cet époux².

Il est possible qu'un époux trouve dans un fonds appartenant à autrui (son conjoint y compris) une cassette contenant des actions au porteur sur lesquelles personne ne pourra justifier de sa propriété. La guerre a rendu cette hypothèse vraisemblable. En vertu de l'article 716, il aura droit à la moitié de ces actions, qui lui demeurera propre.

S'il trouvait ces actions dans un fonds à lui propre, il les acquerrait toutes à titre de propres. S'il les trouvait dans un fonds dépendant de la communauté, deviendraient-elles toutes communes ? Nous ne le croyons pas. La moitié irait au propriétaire du fonds; c'est-à-dire à la communauté, l'autre moitié à l'époux inventeur qui la conserverait en propre.

Enfin, si les actions étaient découvertes par un étranger dans un fonds appartenant à l'un des époux ou dépendant de la communauté, l'époux propriétaire ou la communauté bénéficierait de la moitié de ces actions *jure soli*.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 522, texte et note 10 ; LAURENT, XXIII, n° 141 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1459 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1283 ; PLANIOL, III, n° 1006.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1283.

CHAPITRE II

CAUSES DÉRIVÉES DE PROPRES

256. Les causes de propres, que nous venons d'étudier, fournissent les seuls éléments originaires du patrimoine propre. Mais ces éléments peuvent individuellement s'accroître ou être remplacés par d'autres équivalents. Ainsi apparaissent deux nouvelles catégories de biens propres : les propres par accroissement et les propres par subrogation. Ce sont là des propres de second ordre, car ils supposent la préexistence de propres de la première série (c'est-à-dire provenant d'une des causes initiales précédemment énoncées), auxquels ils viennent s'annexer ou se substituer. L'accroissement, toutefois, se distingue de la subrogation, pour se rapprocher des causes originaires de propres, en ce que, comme celles-ci, il augmente, — parfois, il est vrai, d'une manière plus apparente que réelle, — le patrimoine propre, tandis que la subrogation vient seulement combler les vides. Nous réunissons, néanmoins, dans le même chapitre, l'accroissement et la subrogation, en raison du caractère commun que nous avons d'abord signalé, et parce que — les développements ultérieurs le montreront — la plupart des hypothèses d'accroissement de part sociale peuvent être envisagées aussi comme des cas de subrogation. Il y a bien accroissement de la part sociale propre, mais pas du patrimoine propre.

SECTION I

Parts sociales propres par accroissement

257. Toute part acquise dans une société, dont l'époux acquéreur possède déjà une part propre, n'accroît pas *ipso facto* à celle-ci. Pour cela, il faut que l'acquisition ait sa cause dans les droits attachés à la part primitive, qu'elle se réalise soit par la transformation, soit par l'exercice de l'un de ces droits. Elle a bien alors pour effet d'accroître la part sociale

primitive, mais elle n'augmente pas nécessairement le patrimoine propre, car elle ne fait que remplacer un droit propre préexistant par une part nouvelle. De la sorte elle opère une véritable subrogation.

Nous citerons comme exemples de parts sociales devenant propres par accroissement à des parts propres antérieures : les parts nouvelles attribuées par la société aux anciens actionnaires en représentation de réserves, les parts anciennes préemptées par la société à l'aide de réserves et distribuées aux associés actuels, les parts de sociétés étrangères achetées par la société à l'aide de réserves et réparties entre les associés, les parts nouvelles acquises par les anciens associés en vertu d'un droit de souscription lors d'une augmentation de capital. Nous nous bornons ici à ces simples indications. Ces solutions sont basées sur la distinction du capital et du revenu dans les parts sociales, distinction que nous étudierons à propos de l'actif de la communauté d'acquêts. Nous renvoyons aux développements que nous donnerons à cet endroit.

En revanche, nous allons examiner ici plusieurs autres hypothèses d'accroissement de part sociale propre.

258. 1^o *Accroissement résultant de la clause de continuation obligatoire de la société entre les survivants, en cas de décès d'un associé.* — Nous supposons qu'il s'agisse d'une société de personnes. Une clause du contrat de société stipule qu'en cas de décès d'un associé, la société continuera de plein droit entre les survivants, sauf à remplir les héritiers du décédé du montant des droits de leur auteur (art. 1868, C. Civ.). Si les héritiers sont réglés à l'aide de biens sociaux, que ce mode de règlement soit imposé par les statuts, ce qui sera rare, ou accepté par tous les intéressés en l'absence de stipulation expresse¹, l'actif social est réellement diminué de la part de l'associé décédé, la part des survivants ne se trouve donc accrue en rien. A ceux d'entre eux, mariés sous le régime de

1. La Cour de Caen, approuvée par certains auteurs, a même décidé qu'en l'absence de toute stipulation sur ce point la part de l'associé décédé doit être réglée en valeurs d'inventaire : Caen 10 novembre 1857, S. 1859, II, 31, D. P. 1859, II, 50 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n^o 212 ; GUILLOUARD, *Cont. de Soc.*, n^o 352 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, n^o 407. Mais nous avons déjà exprimé notre préférence pour l'opinion contraire soutenue par : PONT, n^o 720 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 316 ; ARTHUYS, II, n^o 729 ; THALLER et PIC, I, n^o 597. V. *supra*, n^o 193.

la communauté d'acquêts, dont la part était propre avant le décès de leur co-associé, elle restera indubitablement propre en totalité après ce décès.

259. Mais, si les héritiers de l'associé décédé sont payés en espèces par les survivants personnellement, il se produit une véritable cession de la part de l'associé décédé au profit des survivants. La part de chacun de ceux-ci dans l'actif social se trouve accrue de ce fait. La part nouvelle qui s'ajoute ainsi à la part ancienne du survivant, devient-elle un propre de communauté, comme l'était, par hypothèse, la part ancienne, ou tombe-t-elle dans la masse commune ?

En faveur de cette dernière solution on peut faire valoir les arguments suivants. C'est en vertu d'une cession à titre onéreux que la part sociale du survivant s'est augmentée de celle du défunt. Cette cession s'est réalisée pendant le mariage ; la part nouvelle du survivant, comme tous les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage, doit donc entrer dans la communauté ; cela est d'autant plus juste que la somme versée aux héritiers de l'associé décédé — le prix de la cession — aura été généralement puisée dans la caisse commune.

Ce raisonnement est un peu trop expéditif. Il fait abstraction d'une circonstance particulière, qui mérite cependant de retenir l'attention. La cession, qui s'opère au décès de l'associé, est le résultat d'une clause insérée au contrat de société. Chaque associé prend alors envers les autres un double engagement : celui de leur céder sa part, s'il décède avant eux, et celui d'acquiescer la part de celui qui décéderait avant lui. Le prix de cession à fournir par les survivants aux héritiers du prédécédé est fixé sur la valeur de liquidation de la part cédée au décès, ou, suivant une stipulation fréquente, sur sa valeur d'après le dernier inventaire social qui aura précédé le décès. La convention de cession est donc formée du jour du pacte social. C'est à ce moment que s'est accompli l'échange des consentements : consentement du cédant, consentement du ou des cessionnaires. Seulement, cette convention, ces consentements sont subordonnés au décès d'un associé. Lorsque cet événement arrive, la clause joue la cession se réalise automatiquement, aucun contrat nouveau n'a lieu. Le titre d'acquisition de la part du défunt par les survivants est donc tout entier dans le contrat de société.

Et si ce contrat est susceptible de faire un propre de la part sociale, qu'il attribue primitivement à un associé, il n'est pas moins apte à conférer la qualité de propre à la part nouvelle, dont il rend acquéreur ultérieurement ce même associé. Supposons, par exemple, qu'un associé se marie sous le régime de la communauté d'acquêts après la conclusion du pacte social. La part qu'il tient de ce pacte lui reste propre. Que par l'effet d'une clause contenue dans ce même pacte cette part s'accroisse de celle d'un de ses co-associés décédé, cette dernière lui demeurera également propre, car son titre d'acquisition, le pacte social, est antérieur au mariage. Ce qu'il faut considérer pour la détermination du caractère propre ou commun d'un bien, ce n'est pas la date d'acquisition de ce bien, mais celle du titre en vertu duquel cette acquisition se réalise : le droit prend naissance dans le titre. C'est ainsi que tous les droits conditionnels, possédés par un époux lors de son mariage avec adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, lui demeurent propres, bien que la condition ne s'accomplisse que pendant le mariage. En l'espèce, l'époux associé n'a-t-il pas précisément, à l'époque de son mariage, un droit conditionnel sur la part de son co-associé qui décéderait avant lui ? La clause du contrat de société, d'où dérive ce droit, peut être regardée en effet comme une cession de part sociale au profit de chacun des associés sous une condition suspensive : le décès d'un co-associé au cours de la société, événement futur et incertain¹.

Nous concluons donc que lorsqu'un époux associé, ayant conservé en propre sa part dans la société, viendra à acquérir pendant le mariage, en vertu d'une clause du pacte social, la part d'un de ses co-associés décédé, cette dernière lui deviendra propre comme la première, à charge de récompense à la communauté qui aurait désintéressé les héritiers².

1. Cass. Civ. 27 juillet 1870, S. 1870, I, 401, *J. Pal.* 1870, I, 1033 ; Cass. Req. 16 août 1875, S. 1876, I, 37, *J. Pal.* 1876, I, 58. BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 404 ; THALLER, n° 720, THALLER et PIC, I, n° 597.

2. Trib. Valenciennes 2 février 1912, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1913, art. 17879. Ce jugement en tire cette conséquence : la part nouvelle acquise dans ces conditions doit être portée intégralement dans l'actif de la succession de l'époux acquéreur, pour la perception du droit de mutation par décès ; si elle est déclarée comme bien commun, il y a omission.

260. 2^o. *Clause de cession entre vifs de part sociale dans un certain délai.* — Au lieu d'une transmission conditionnée par le décès d'un associé, le pacte social peut stipuler une cession devant se produire du vivant même des associés. Par exemple, l'un des associés s'engage, dans l'acte de société, à céder ses droits à ses co-associés dans un délai spécifié et avant la dissolution de la société¹. Il y a là une cession à terme. Or les droits à terme possédés au jour du mariage sont exclus de la communauté d'acquêts, de même que les droits conditionnels. Les cessionnaires, qui auront conservé propre leur part primitive, garderont propre aussi la part acquise par eux ultérieurement en vertu de la clause dont s'agit.

Il est parfois aussi stipulé, dans l'acte de société, qu'un associé, qui a fait un apport moins important que son co-associé, augmentera son apport au cours de la société jusqu'à ce qu'il ait atteint une valeur déterminée, soit au moyen de versements en espèces, soit en laissant une partie de ses bénéfices dans la société, et que son co-associé retirera corrélativement de la caisse sociale des sommes égales aux versements effectués ou aux bénéfices laissés, de manière que le capital social reste invariable (et souvent que les apports des deux associés s'égalisent). Il y a là, en réalité, une cession à terme de fraction de part sociale et l'associé, dont la part s'accroîtra de cette manière pendant la communauté d'acquêts d'entre lui et son conjoint, la conservera en propre intégralement, si la part correspondant à son apport primitif lui était restée propre, sauf récompense à la communauté des sommes qu'elle aurait versées à la société, soit réellement, soit par l'abandon des bénéfices auxquels elle avait droit².

261. 3^o. *Clause de continuation facultative de la société*

1. Cf. Trib. Civ. Seine 13 novembre 1912, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1916, art. 18988.

2. V. des exemples de ces clauses dans : Trib. Seine 25 février 1893, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 7869 ; Trib. Corbeil 3 mai 1893, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 7329 ; Trib. Grasse 4 mai 1903, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 13356 ; Trib. Seine 30 avril 1904, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 13990 ; 3 novembre 1904, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 14220 ; Trib. Thiers 5 avril 1906, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 15064 ; Trib. Seine 10 novembre 1908, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, art. 16231. Ces jugements statuent, en matière fiscale, sur le point de savoir si le droit de cession est dû en l'hypothèse. Ils se prononcent en majorité pour l'affirmative.

entre les survivants. — Les statuts, au lieu d'imposer la continuation de la société aux survivants et entre eux seulement, pourraient leur laisser le choix entre deux ou même trois partis : ou bien continuer la société entre eux seuls, ou bien la continuer avec les héritiers du décédé, ou bien dissoudre et liquider la société. Cette clause est assurément valable : elle contient une obligation alternative permise par l'article 1189 C. Civ. et subordonnée à une condition purement casuelle, celle du décès de l'associé pendant la durée de la société¹. Si les associés survivants optent pour la continuation de la société avec les héritiers ou la dissolution, nous n'avons rien de spécial à dire ici ; leur part, en effet, ne s'en trouvera pas augmentée ; ils subiront le concours des héritiers du défunt, soit dans la marche, soit dans la liquidation et le partage de la société. Mais s'ils optent pour la continuation avec exclusion des héritiers, faudra-t-il donner la même solution qu'au cas où une telle continuation serait obligatoire, c'est-à-dire reconnaître la qualité de propre à la part du décédé acquise, en conséquence de leur option, par les survivants, qui mariés sous le régime de la communauté d'acquêts auraient conservé propre leur part primitive ?

Un doute s'élève. Les deux clauses sont essentiellement différentes. La clause de continuation facultative entre les survivants ne forme pas une convention de cession parfaite ; il lui manque le consentement du cessionnaire. Le contrat de cession ne sera définitivement conclu qu'après le décès d'un associé, le jour où les survivants manifesteront la volonté de continuer entre eux seuls la société, c'est-à-dire de se rendre cessionnaires de la part du défunt. À supposer que la part primitive d'un survivant, marié sous le régime de la communauté d'acquêts, lui soit demeurée propre, ne faudra-t-il pas néanmoins déclarer commune la part ainsi acquise de son co-associé décédé, puisque son titre d'acquisition — titre onéreux — ne sera devenu définitif que pendant le mariage ?

Avant de se prononcer, il convient d'examiner de plus près la nature de la clause dont s'agit. Chaque associé prend, dans le contrat de société, l'engagement envers ses co-associés

1. Cass. Req. 20 juin 1887, S. 1890, I, 515, *J. Pal.* 1890, I, 1247 ; GUILLIARD, *Cont. de Soc.*, n° 304 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Soc.*, n° 403 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 212 ; THALLER et PIC, I, n° 606.

de céder sa part à ceux qui lui survivraient, si ceux-ci le désirent. Mais ils ne prennent pas l'engagement d'acquérir a part de celui qui décéderait avant eux. Ils réservent leur décision jusqu'à l'expiration d'un certain délai après le décès éventuel de leur co-associé. Il y a donc là une simple promesse unilatérale de cession¹. Faut-il voir en elle un avant-contrat, distinct du contrat de cession, qui se réalisera par l'option des survivants, ou bien un simple élément dudit contrat de cession, qui se conclura ainsi en deux phases ?

Précisons cette dernière conception. La cession est un contrat synallagmatique. Un tel contrat n'est-il pas, au fond, la réunion de deux contrats unilatéraux ? Pourquoi l'un de ces contrats ne pourrait-il pas être formé avant l'autre, sous la condition — indépendante de la volonté du promettant au premier contrat — de la conclusion du second ? En l'espèce, dira-t-on, l'engagement du cédant est pris au pacte social. En effet, chaque associé s'oblige alors d'une manière ferme à céder sa part aux autres, qui recueillent cet engagement sans s'obliger encore à acheter ladite part. Sans doute, cette obligation est subordonnée à deux conditions : le prédécès de l'obligé, l'acceptation de la cession par les survivants ; mais ce sont là deux événements indépendants de la volonté du promettant ; s'ils s'accomplissent, ses héritiers seront tenus d'exécuter la cession. Quant à l'engagement des cessionnaires, il résulte de la décision formulée par les survivants, après le décès de leur co-associé, de continuer la société entre eux seuls. Cet engagement vient rencontrer celui préexistant du cédant — le défunt. Alors seulement le contrat synallagmatique de cession est formé. — A quelles conséquences conduit cette analyse au point de vue qui nous intéresse ? Supposons qu'un associé se marie postérieurement au contrat de société contenant une clause d'option en cas de décès, mais antérieurement au décès d'un de ses co-associés, qui advient pendant le mariage. Il adopte le régime de la communauté d'acquêts et

1. Trib. Civ. Seine 23 janvier 1891, S. 1892, II, 323, D. P. 1893, II, 369. Conf. COHENDY, *La reprise facultative du fonds par l'associé survivant sur les bases du dernier inventaire et la rescision pour lésion*, Rev. Soc. 1927, p. 388 ; Paul ESMEIN, *De quelques questions soulevées par les clauses de continuation des sociétés de personnes par suite du décès d'un associé, spécialement en cas d'existence de réserves occultes*, Rép. Gén. prat. du Notar. 1928, art. 21582 ; DEMOGUE, Rev. tr. de dr. civ. 1926, p. 171.

conserve en propre la part sociale qu'il possède au moment de la célébration du mariage. A cette époque, il a, en outre, en vertu de la promesse unilatérale résultant du contrat de société, un droit de créance conditionnel sur la part de l'associé qui décéderait avant lui. Ce droit de créance fait partie de son « mobilier présent », il est exclu de la communauté. Si son objet est rempli pendant la communauté, l'avantage qu'en retire l'époux, c'est-à-dire la part sociale de son co-associé décédé, lui demeure propre, sauf récompense à la communauté des deniers qu'elle aurait versés aux héritiers de l'associé décédé.

Aboutira-t-on à la même solution, si l'on considère la clause du pacte social comme un avant-contrat, distinct du contrat de cession, qui se réalisera en un seul trait de temps par l'option des survivants ? Dans cette conception, chaque associé prend aussi un engagement unilatéral vis-à-vis des autres, mais cet engagement n'a pas pour objet direct le transfert de la part sociale, si les conditions stipulées sont accomplies ; son objet est la conclusion du contrat de cession. Le bénéficiaire de cette promesse est créancier non d'une part sociale, mais d'un contrat. Quoi qu'il en soit, cette créance représente un intérêt appréciable en argent, et si son titulaire l'apporte en mariage sous le régime de la communauté d'acquêts, il la conservera en propre. Mais quel intérêt représente cette créance, sinon le bénéfice du contrat qu'elle a pour objet, et quel est le bénéfice de ce contrat pour le créancier de sa conclusion, sinon la part sociale du promettant. Donc, en définitive, cette part sociale doit rester propre à l'époux associé qui l'acquiert dans ces conditions. Sans doute, le contrat d'acquisition a lieu pendant la communauté, mais il n'est que l'exécution d'une promesse faite à cet époux et exclue de la communauté ; le profit de ce contrat n'y doit pas davantage entrer, car il est l'aboutissement normal de cette promesse. Qu'on n'objecte pas que la part sociale ne constitue pas un bénéfice net pour l'époux acquéreur, qu'il a dû verser en retour une certaine somme d'argent, qu'en la recevant le patrimoine propre s'enrichit par suite d'une valeur supérieure à celle de l'intérêt réel représenté par la simple créance de contrat qu'il comprenait antérieurement. Le profit de la conclusion du contrat d'acquisition pour l'acquéreur, ce sont bien les avantages attachés à la possession de la part sociale ; ce profit est, certes, contrebalancé par une charge, mais

c'est le patrimoine propre qui la supporte, puisqu'il doit indemniser la communauté, si elle l'a acquittée.

Quelle que soit la nature que l'on attribue à la clause de continuation facultative de la société entre les survivants insérée dans le pacte social¹, nous pensons donc que l'on doit déclarer propre la part de l'associé décédé, acquise en vertu de cette clause, par un associé survivant, alors que la part primitive de celui-ci lui était restée propre. La communauté aura droit seulement à la récompense de la somme qu'elle aurait payée aux héritiers de l'associé décédé².

262. 4^o *Droit de préemption réservé aux associés en cas de cession entre vifs.* — Une autre clause est susceptible de se rencontrer dans les contrats de société. Les associés sont autorisés, en principe, à céder leur part, mais, en cas de cession, un droit de préemption est réservé aux co-associés du cédant. Celui-ci doit leur notifier la vente qu'il se propose de faire de ses droits sociaux à un étranger, et les autres associés, ou du moins ceux que l'opération intéresserait, peuvent prendre l'acquisition pour eux aux mêmes conditions ou à des conditions fixées au pacte social. Les associés, qui, mariés sous le régime de la communauté d'acquêts et possédant déjà en propre leur part dans la société, acquièrent ainsi la part de leur co-associé, conservent-ils également en propre cette dernière part ? Nous nous prononcerons pour l'affirma-

1. Nous estimons, d'ailleurs, que la deuxième conception cadre beaucoup moins bien que la première avec cette clause et sa portée réelle. Pour que celle-ci soit une convention distincte du contrat de cession, il faudrait que le consentement du cédant (ou de ses héritiers) soit renouvelé au moment de l'option des survivants. Or, en droit comme en fait, il n'en est rien. Seuls les survivants manifestent leur volonté, les héritiers la subissent sans mot dire. Ils ne peuvent empêcher la cession de se produire. L'obligation, qui dérive pour eux de la clause dont s'agit, n'est donc pas de donner leur adhésion à un contrat de cession ultérieur, mais d'opérer la cession elle-même, si elle est acceptée par les survivants.

2. Nous pouvons invoquer, à l'appui de cette solution, les autorités qui sous le régime de la communauté légale déclarent propre l'immeuble acquis par la réalisation pendant le mariage d'une promesse de vente antérieure au mariage ; les raisons de décider sont les mêmes : PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 221 ; BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 335 ; VIGIÉ, *Cours élém. de dr. civ.*, III, n^o 81 ; L. et A. MÉRIGNHAC, *Tr. du régime de communauté*, I, n^o 370 ; *contra* : Trib. Boulogne-sur-Mer 15 avril 1897, S. 1898, II, 20.

tive ; les raisons de décider sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente. L'acte d'acquisition est, certes, un contrat à titre onéreux conclu pendant le mariage et qui ne saurait être doué d'aucune rétroactivité. Cependant, s'il se réalise au profit de ces associés, c'est en vertu du pacte de préférence contenu dans les statuts. Cette clause s'analyse en une promesse de cession, promesse conditionnelle, mais promesse ferme¹. Son exécution ne dépend pas d'une condition purement potestative de la part du promettant. Celui-ci a réellement restreint sa liberté. Sans doute, il pourra éviter de vendre sa part à ses co-associés, mais c'est en s'interdisant de la vendre à toute autre personne. Le droit résultant de cette clause doit donc être exclu de la communauté d'acquêts, dans l'hypothèse où le sont les autres droits dérivant du pacte social. Or, le profit que retire finalement de ce droit son bénéficiaire, c'est la part sociale qu'il lui permet d'acquérir. Cette part sociale doit, par conséquent, rester propre aux associés cessionnaires, car elle leur provient de l'exercice d'un droit qui leur était propre.

263. L'usage se répand actuellement, dans les sociétés par actions, de soumettre les cessions d'actions à l'agrément du Conseil d'administration. Si le cessionnaire présenté n'est pas agréé par le Conseil, celui-ci est tenu de lui désigner un remplaçant. A supposer que la personne indiquée soit un membre du Conseil d'administration ou un autre actionnaire, qui marié sous le régime de la communauté d'acquêts a conservé en propre ses actions, les nouvelles actions qu'il acquiert de cette manière lui deviennent-elles aussi propres ? Nous ne le croyons pas, car la faculté dont s'agit est conférée au Conseil d'administration en tant qu'organe de la société, ce n'est pas un droit individuel attribué aux actionnaires ou aux membres du Conseil. S'ils en profitent c'est indirectement. Il n'y a pas même là un bénéfice, dont ils soient seuls appelés à jouir. Le Conseil d'administration peut présenter comme cessionnaires des étrangers à la société. D'ailleurs, le cédant n'est pas forcé d'accepter la personne qui lui est proposée. Il lui est loisible de conserver ses actions. L'ancien actionnaire, qui achète de nouvelles actions dans ces circonstances, ne

1. Cette clause forme un contrat distinct du contrat de cession, qui se réalise ultérieurement.

saurait faire valoir aucun titre antérieur à l'acte de cession. Ces actions, acquises, par hypothèse, pendant le mariage, constituent donc des acquêts.

SECTION II

Parts sociales propres par subrogation

264. Nous n'avons envisagé jusqu'à présent que des acquisitions venant grossir le patrimoine propre des époux. Mais les biens ainsi entrés dans ce patrimoine ne sont pas mis en dehors de la circulation. Chaque époux peut aliéner ses propres. En vertu du principe, d'après lequel toutes les choses acquises à titre onéreux pendant le mariage, tombent dans la communauté d'acquêts, les biens qui seront acquis à leur place devraient entrer dans la masse commune. Cependant, un autre principe domine le régime de communauté ; aucun des trois patrimoines en présence : patrimoine propre du mari, patrimoine propre de la femme, patrimoine commun, ne doit s'enrichir aux dépens d'un des deux autres. Comment le respect de ce principe sera-t-il assuré, en cas d'aliénation d'un bien propre suivie d'acquisition d'un autre bien en remplacement ? Deux moyens se présentent : ou l'on déclarera le bien nouveau commun, conformément au premier principe, et la communauté devra récompense de la valeur du bien aliéné à l'époux à qui il appartenait, ou, écartant le premier principe et recourant à la notion de subrogation réelle, on fera entrer dans le patrimoine propre le bien nouveau à la place de l'ancien. Ce dernier procédé a sur le système des récompenses l'avantage de maintenir la consistance du patrimoine propre au cours de la communauté. Les récompenses ne viennent réparer les pertes qu'à la dissolution de la communauté, et le patrimoine propre se trouve exposé au risque d'insolvabilité de celle-ci.

265. La subrogation réelle doit-elle être admise d'une façon générale sous le régime de communauté ? Elle lui est appliquée par plusieurs articles du Code Civil (articles 1407, 1434, 1435). Mais ne faut-il pas l'étendre en dehors des hypothèses précises prévues par ces articles ? Cette question conduit à rechercher les conditions auxquelles est subordonné le fonctionnement de la subrogation réelle dans notre droit.

Des théories nouvelles se sont fait jour depuis une trentaine d'années, tendant à reculer les frontières assignées par la doctrine classique à cette institution. Il nous suffira d'indiquer les principes fondamentaux érigés par ces diverses théories, pour voir que les unes et les autres, traditionnelle ou modernes, sont favorables à l'application de la subrogation réelle au régime de communauté.

266. La doctrine classique est contenue dans ces trois adages : *in judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* ; — *in judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii* ; — *subrogatum sapit naturam subrogati*. Autrement dit, cette doctrine considère la subrogation réelle comme une fiction et ne l'admet de plein droit que pour les universalités. Pour qu'elle intervienne relativement à des biens isolés, il faut un texte ou une convention. — Le patrimoine propre ne peut-il être regardé comme une universalité ? Dès lors la subrogation réelle se produira pour lui de plein droit. Et certes, nos anciens auteurs, s'appuyant sur la doctrine traditionnelle, appliquaient très largement la subrogation réelle en matière de propres de communauté. Témoignent ces deux propositions écrites par Pothier : « Les héritages et autres immeubles, quoique acquis durant la communauté, sont propres de communauté par la fiction de la subrogation, lorsqu'ils ont été acquis à la place d'un propre de communauté, et pour en tenir lieu¹ » ; « les choses mobilières, qui sont substituées durant la communauté, à quelque propre de communauté sont pareillement des propres de communauté de ce conjoint² ».

267. Les théories modernes se séparent de la doctrine classique, en ce qu'elles déniaient le caractère fictif de la subrogation réelle et ne la restreignent pas, en l'absence de texte ou de convention, aux universalités. Mais cette borne ayant été renversée, il convient d'en replanter une autre ou d'autres, et sur la place à lui (ou à leur) assigner, les divergences se manifestent.

Certains auteurs pensent que la subrogation réelle doit

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, n° 197.

2. POTHIER, *op. cit.* n° 199. V. pour la théorie classique de la subrogation réelle : AUBRY et RAU, IX, § 575-2° ; FLACH, *Rev. Hist. de Dr.* 1868, p. 448 et s.

jouer de plein droit dans deux cas : 1^o lorsqu'il s'agit de biens soumis à une affectation spéciale — universalité ou biens isolés — et envisagés dans leur valeur pécuniaire, plutôt que dans leur individualité matérielle ; 2^o lorsqu'il s'agit de biens sujets à restitution. Sur ce point, deux opinions ont été émises : d'après l'une, la subrogation a lieu, en ce cas, même pour les biens isolés¹ ; d'après l'autre, elle n'a lieu que pour les universalités². Peu nous importe, car les propres de communauté rentrent dans le premier cas. Ils ont une destination spéciale, différente de celle des biens communs ; ils sont affectés aux besoins personnels du mari ou de la femme, et d'une façon plus générale constituent leur fortune familiale, destinée à se perpétuer comme la famille, tandis que la communauté correspond à un état temporaire : l'état de mariage. Cette fonction n'exige pas que les mêmes biens soient conservés ; il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'ils soient remplacés par des biens de même valeur. — D'après ce système, la subrogation réelle doit donc jouer à l'égard des propres de communauté.

Un autre auteur attribue trois rôles à la subrogation réelle, — les deux premiers relevant de la technique juridique, le troisième étant fondé sur des considérations d'équité. Elle a pour but : 1^o d'éviter la confusion entre un groupe de biens et les autres biens faisant partie du même patrimoine ; 2^o d'éviter la confusion de deux patrimoines ayant chacun un titulaire différent, mais se trouvant réunis momentanément entre les mains d'une personne ; 3^o d'éviter le concours d'un titulaire de droit réel avec les créanciers chirographaires sur le prix de la chose soumise à ce droit, lorsque celui-ci s'est éteint par le fait de l'aliénation. En ce dernier cas, la subrogation ne se produit qu'au premier degré, c'est-à-dire sur le prix de la chose aliénée ; elle ne s'étend pas, comme dans les deux autres cas, à la chose acquise au moyen de ce prix. Mais, dans tous les cas, elle joue, qu'il s'agisse d'une universalité ou d'un bien isolé. — Le premier rôle de la subrogation réelle provoque son intervention dans la matière des

1. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, *Rev. Crit.* 1901, pp. 236, 295, 346.

2. PLANIOL, note D. P. 1902, I, 33 sous Cass. 29 avril 1901, et *Tr. élém.* III, n^o 922 (en note) ; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n^o 33.

propres de communauté. Elle sert à maintenir l'équilibre entre les trois groupes de biens qui existent sous ce régime¹.

Enfin, un autre auteur répudie toutes les distinctions établies par les systèmes précédents. D'après lui, « la subrogation réelle est une institution juridique essentiellement relative à un patrimoine considéré à un moment donné de sa durée, dans ses éléments concrets et individualisés ; sa fonction consiste, pour le cas d'aliénation ou de perte de l'un de ces éléments, à reporter sous réserve des intérêts des tiers, de plein droit ou en vertu de la volonté des intéressés, sur ce bien individualisé acquis en remplacement, les droits qui grevaient le bien sorti du patrimoine² ». Et cet auteur ajoute : « Le principe est, d'après nous, que la subrogation réelle opère de plein droit chaque fois qu'un bien frappé de droits ou d'une affectation déterminée fait directement place à un autre bien³ ». Cette formule embrasse les propres de communauté.

268. Toutes les théories proposées sont donc susceptibles de justifier l'application de la subrogation réelle au régime de communauté, même en l'absence de texte. Cependant, les systèmes modernes lui offrent un appui plus solide que la doctrine classique. Il est contestable que les propres forment une universalité juridique. L'expression de patrimoine propre ne saurait être employée que pour la commodité du langage ; il faut se garder de prendre là le mot « patrimoine » dans son sens technique⁴. D'autre part, l'idée de fiction conduit à interpréter restrictivement les dispositions légales concernant des cas de subrogation réelle sous le régime de communauté. — Il y a lieu, avec les théoriciens modernes, de rejeter cette idée de fiction ainsi que l'adage *in judiciis universalibus*... Quant à ce dernier, il méconnaît le véritable rôle de la subrogation réelle. Pour déterminer celui-ci, il faut dégager des textes, qui consacrent des cas particuliers de subrogation réelle, les considérations sur lesquelles ils reposent. On verra

1. CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, *Rev. tr. de dr. civ.* 1919, p. 385 et s. (et not. en ce qui concerne les propres de communauté, pp. 395-397).

2. BONNECASE, *Supplément au Tr. th. et pr. de Droit Civil* de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, III, n° 378.

3. *Op. cit.* n° 379-VI, p. 777.

4. AUBRY et RAU, IX, § 575, note 10 ; CAPITANT, *op. cit.*, p. 393.

que ces considérations ne se confinent pas dans la notion d'universalité, qu'elles ne sont pas spéciales aux hypothèses visées, et qu'elles sont assez fortes pour entraîner l'application de la subrogation réelle, même en l'absence d'une disposition légale, lorsqu'elles se présentent. En second lieu, la subrogation réelle n'est pas une fiction. Son effet est de placer le bien nouveau dans la condition juridique de l'ancien : elle ne lui en confère pas la nature. Cela est très apparent en matière de propres de communauté. On n'imagine pas la fiction à laquelle il faudrait recourir. La condition de propre est aussi compatible avec la nature du bien nouveau qu'avec celle du bien ancien ; il n'y a rien à feindre pour l'y soumettre. On a fait, d'ailleurs, justement remarquer que la doctrine classique, partant de l'idée de fiction, commet une inconséquence en autorisant la convention à opérer la subrogation réelle. Seul, le législateur peut créer des fictions¹.

Ainsi libérés de l'idée de fiction et de la maxime *in iudiciis universalibus...*, nous pourrions interpréter largement les textes qui prévoient des hypothèses de subrogation réelle sous le régime de communauté et ne pas leur attribuer un caractère limitatif. Cette institution apparaît, en effet, comme le procédé assurant le mieux l'équilibre entre les trois groupes de biens en présence, équilibre qu'il est essentiel de maintenir. Un tempérament, cependant, s'imposera. Les intérêts des tiers devront être sauvegardés. Il ne faudrait pas, notamment, que la subrogation réelle pût servir à soustraire aux créanciers de la communauté des biens qui eussent dû rentrer dans l'actif commun. Le lien entre le bien acquis et le bien aliéné devra être certain. C'est pour garantir cette liaison que les prescriptions de l'article 1434 ont été établies. Nous aurons à délimiter la portée de ces prescriptions. — Nous examinerons, d'abord, les hypothèses de subrogation d'une part sociale à un propre aliéné, qui rentrent le plus exactement dans les prévisions des textes du Code Civil, puis d'autres qui s'en éloignent plus ou moins.

§ I. *Parts sociales acquises en échange de propres*

269. Aux termes de l'article 1407 du Code Civil, « l'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en commu-

1. SALEILLES, note S. 1894, II, 185 sous Dijon 30 juin 1893.

nauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné ; sauf la récompense s'il y a soulte ». Bien que cet article ne parle que d'échange d'immeuble, on admet très généralement qu'une solution identique devrait être donnée, si le bien acquis en échange d'un immeuble propre était un meuble, même sous le régime de la communauté légale¹. D'autre part, si le bien aliéné est un meuble propre, la qualité de propre se trouve pareillement transférée sur le bien meuble ou immeuble acquis en échange. Le mot « immeuble » employé par l'article 1407 doit être pris comme synonyme de « bien propre », puisque sous le régime de la communauté légale, à propos duquel a été écrit cet article, les immeubles forment l'élément ordinaire de la fortune propre des époux, les meubles propres étant l'exception. De même que les articles 1406 et 1408, et pour les mêmes raisons que celles que nous avons exposées en étudiant ces articles, l'article 1407 doit être étendu aux meubles². La théorie de la subrogation réelle fournit un argument de plus en ce sens. — Donc, toute part sociale acquise en échange d'un bien propre, part sociale ou autre bien, meuble ou immeuble, sera propre de plein droit, c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin de remplir aucune formalité, à la condition toutefois que « l'échange soit bien et dûment constaté à une époque contemporaine ou voisine de celle où il a eu lieu³ », ce qui est une question de preuve.

Nous n'envisageons ici que l'acquisition par échange d'une part sociale dans une société existante. Nous étudierons à part le cas d'acquisition de part sociale au moyen de l'apport d'un bien propre en société, en raison de la nature spéciale de l'opération.

L'échange d'actions est susceptible de s'effectuer facilement, surtout s'il s'agit d'actions au porteur. Pourront être échangées des actions de sociétés différentes ou des actions

1. TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 638 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 648 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 468 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 374. *Contra* : ARNTZ, *Cours de Droit Civil français*, III, n° 584 ; BELLOT DES MINIÈRES, *Du Contrat de mariage*, II, p. 200.

2. PIOLET, *Et. sur la communauté réduite aux acquêts*, p. 74 ; HOCHART, *De la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris 1887, p. 120.

3. Rouen 3 juin 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, II, 237 (p. 244, 2^e col., § 4). Cet arrêt énonce cette règle à l'occasion d'un prétendu échange d'actions.

de la même société, en particulier des actions d'une certaine catégorie contre des actions d'une autre catégorie, par exemple des actions ordinaires contre des actions privilégiées¹. — L'échange d'intérêts est plus difficile à accomplir. Il nécessite, pour être parfait, l'agrément de chacun des échangistes par les co-associés de son co-échangiste.

Nous ferons, enfin, remarquer que, pour que la subrogation réelle s'accomplisse de plein droit entre la part sociale acquise et le bien propre aliéné, il faudra que l'opération soit bien un échange. S'il s'agissait, en réalité, de la vente d'un propre avec dation de part sociale (par exemple d'actions) en paiement du prix, la part sociale donnée en paiement ne deviendrait propre que si les formalités édictées par les articles 1434 et 1435 avaient été accomplies, comme nous le verrons dans les développements qui vont suivre².

§ II. *Parts sociales acquises en remploi de propres*

270. Le remploi est l'utilisation de deniers provenant du prix de vente d'un propre à l'achat d'un autre bien. En vertu de la théorie de la subrogation réelle le bien acquis en remploi devient propre aux lieu et place du bien aliéné. Ce résultat a été consacré, pour les immeubles, par les articles 1434 et 1435 C. Civ., qui le subordonnent à l'accomplissement de certaines formalités. L'article 1434 prévoit le cas où le remploi concerne le mari, et l'article 1435 celui où il concerne la femme. A la vérité, les règles posées par l'article 1434 peuvent être considérées comme générales : elles régissent le remploi effectué au profit du mari aussi bien que celui effectué au profit de la femme. L'article 1435 édicte une règle spéciale au remploi effectué au profit de cette dernière. Nous allons

1. V. un exemple d'échange d'actions d'une première émission contre des actions d'une seconde émission dans : Rouen 3 juin 1907 précité. La Cour de Rouen n'a pas admis le transfert de la qualité de propres des actions cédées sur les actions reçues en échange, parce que le fait même de l'échange n'était pas suffisamment justifié.

2. V. un exemple de vente d'immeuble avec prix payable partie en argent, partie en actions de société dans : Cass. Req. 26 février 1883 (*J. Pal.* 1886, I, 143, D. P. 1883, I, 453). La Chambre des Requêtes décide que cet acte constitue uniquement une vente et non un contrat mixte de vente et d'échange, comme l'avait à tort jugé l'arrêt attaqué (Douai 14 mars 1882, D. P. 1882, II, 237).

étudier, d'abord, l'article 1434 en vue de son application aux parts sociales.

271. A. Cet article fait naître plusieurs questions :

1^o Il ne prévoit le remploi que pour un immeuble aliéné. Le remploi est-il possible, si le propre aliéné est un meuble ? Pour soutenir la négative on invoque le caractère fictif de la subrogation réelle. L'article 1434, qui crée cette fiction et apporte par cet artifice une exception à la règle générale d'après laquelle tout bien acquis à titre onéreux pendant le mariage constitue un acquêt, doit être interprété strictement. Comme il ne parle que d'immeubles, il ne peut être étendu aux meubles. Cette opinion, qui avait trouvé quelques partisans autrefois¹, est aujourd'hui complètement abandonnée et avec raison. Les théories modernes ont démontré que la subrogation réelle n'était pas une fiction. D'autre part, il n'y a aucune bonne raison de refuser le bénéfice du remploi aux meubles, alors qu'on l'accorde aux immeubles. Le législateur, en n'indiquant que ceux-ci, a eu en vue le *plerumque fit* ; il ne faut pas oublier que l'article 1434 est relatif à la communauté légale, où les meubles propres sont exceptionnels. L'article 1470 suppose, d'ailleurs, que tous les biens propres — meubles et immeubles — sont susceptibles de remploi : « Sur la masse des biens, dit-il, chaque époux ou son héritier prélève : 1^o ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi... »². Nous en concluons que les parts sociales propres peuvent être remployées.

272. 2^o Si l'acquisition a été réalisée à l'aide de deniers stipulés propres, le bien acquis sera-t-il propre en vertu de l'article 1434 ? On a soutenu la négative, toujours sous le prétexte de la nécessité de l'interprétation stricte. L'ar-

1. DURANTON, XIV, n^o 389 ; LAURENT, XXI, n^o 363 ; Douai 2 avril 1846 S. 1847, II, 413, D. P. 1847, II, 198 ; Rennes 12 décembre 1846, D. P. 1847, II, 199.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 88 et § 522, note 11 ; RODIÈRE et PONT, I, n^o 679 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 476 et III, n^o 1464 *in fine* ; BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^{os} 382 et 383 ; PLANIOL, III, n^o 950 ; Cass. Civ. 16 novembre 1859, S. 1860, I, 242, D. P. 1859, I, 490 ; Douai 15 juin 1861, S. 1862, II, 65, D. P. 1862, II, 59 ; Cass. Civ. 27 juin 1912 (motifs), S. 1913, I, 12 ; 2 mars 1912 (motifs), *Gaz. Pal.* 1914, I, 557, D. P. 1917, I, 187.

ticle 1434 prévoit une vente suivie d'achat. Or, en l'espèce, aucune vente ne précède l'achat. Les deniers propres ne constituent pas un prix de vente. Nous ne sommes plus dans l'hypothèse posée par le texte. Nous sortons, par conséquent, de l'empire de ce dernier¹. On ajoute : la stipulation de propres n'empêche pas les deniers qui en sont l'objet de tomber dans la communauté : ce sont des propres imparfaits, l'époux aura seulement droit à reprendre leur valeur à la dissolution. Dès lors, le bien acquis à l'aide de ces deniers doit entrer dans la communauté, comme ils y étaient eux-mêmes entrés. On admet toutefois que ce bien reste propre au cas où l'emploi des deniers a été prescrit². — Il va sans dire que nous rejetons l'argument tiré de la prétendue nécessité de l'interprétation stricte. Au deuxième nous répondrons que si les deniers propres sont tombés dans la communauté, ce n'est pas en vertu d'un véritable droit appartenant à celle-ci, mais par la force des choses, en raison de leur nature. Lorsqu'un bien individualisé fait place à ces deniers, la confusion dont bénéficiait la communauté cesse alors ; ce bien, conformément à l'article 1434, doit être déclaré propre. D'ailleurs, en cas d'aliénation d'un bien propre, le prix tombe dans la communauté ; celle-ci propriétaire de ce prix pourrait pareillement prétendre à la propriété des choses qu'il servirait à acquérir sauf récompense. L'article 1434 ne s'arrête pas à cette considération ; il n'y a pas lieu de s'y arrêter davantage, lorsque les deniers employés, au lieu de représenter le prix de vente d'un propre, ont été eux-mêmes stipulés propres³ et ⁴. Qu'on

1. DURANTON, XIV, n° 389 ; LAURENT, XXI, n° 363.

2. BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, nos 382-383.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 88 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 679 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 476 ; PLANIOL, III, n° 950 ; Cass. Civ. 16 novembre 1859 et Douai 15 juin 1861 précités.

4. On invoque en ce sens l'article 1595-2° qui, par exception, permet la vente entre époux, quand la cession est faite par le mari à la femme, en « remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté ». Ce texte prouve, dit-on, que les deniers propres peuvent être remployés aussi bien que le prix d'immeubles aliénés. L'argument ne nous paraît pas très solide. Il s'agit, en l'hypothèse, d'une dation en paiement et non d'un véritable remploi. Le mot « remploi » ne doit donc pas être pris là en son sens technique. Et puis, cette disposition est édictée en faveur de la femme

n'objecte pas l'article 1553 C. Civ., aux termes duquel l'immeuble acquis de deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition d'emploi n'a pas été stipulée au contrat de mariage¹. Cette disposition procède du principe de l'interprétation stricte des stipulations de dotalité. Elle ne saurait être étendue par analogie au régime de communauté où les propres ne présentent pas les mêmes inconvénients que les biens dotaux. — La part sociale achetée au moyen de deniers propres constituera donc un propre parfait, même si l'emploi de ces deniers n'a pas été stipulé.

273. 3^o De même qu'on a soutenu que le bien remployé ne pouvait être qu'un immeuble, on a prétendu que le bien acquis en remploi ne pouvait être aussi qu'un immeuble. Dès lors que l'on admet la possibilité du remploi pour les meubles propres aliénés, on doit admettre corrélativement que le bien acquis en remploi peut être un meuble. Une question subsiste cependant. Le remploi ne doit-il pas se faire en biens de même nature que celle du propre aliéné ? En particulier le remploi d'un immeuble ne peut-il pas n'être fait qu'en immeuble. La solution affirmative a eu ses partisans², mais elle semble aujourd'hui abandonnée. Les auteurs modernes, tout en disant que le remploi est effectué habituellement en biens de même nature que le propre aliéné, estiment qu'il n'y a rien là d'obligatoire, que notamment il est permis d'acquérir des valeurs mobilières pour remployer le prix d'un immeuble³. L'opinion contraire procède de l'idée que la subrogation réelle, que réalise le remploi, est une fiction. Pour que cette fiction soit admissible, pour qu'elle ne soit pas trop écriante, il faut au moins que le bien, qui en est l'objet, soit

seulement. Le mari ne saurait s'en prévaloir. D'autre part, même au profit de la femme, elle est restreinte par la jurisprudence au cas où le remploi ou l'emploi sont obligatoires pour le mari en vertu d'une clause du contrat de mariage. Or, en ce cas, le caractère propre du bien acquis en emploi de deniers propres est généralement admis.

1. *Contra* : DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, *Rev. Crit.* 1901, p. 351 et p. 357, note 2.

2. RODIÈRE et PONT, I, n^o 681 ; DE FOLLEVILLE, n^o 229.

3. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 480 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 386 a ; PLANIOL, III, n^o 958 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 503 ; Bourges 6 août 1854, DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n^o 1481.

aussi semblable que possible au bien substitué. Il importe de sauver les apparences. On ajoute que les rédacteurs du Code Civil n'ont certainement pas entendu qu'un meuble fût susceptible de remplacer un immeuble, étant donné l'état d'infériorité en lequel ils tenaient les meubles par rapport aux immeubles. — Les théories modernes de la subrogation réelle ont fait raison de son caractère fictif. Pour qu'elle se produise, il n'est pas nécessaire que le bien subrogeant soit de même nature que le bien subrogé. Quant au mépris des rédacteurs du Code Civil pour les meubles, nous avons déjà dit que l'interprète moderne ne devait pas s'attacher au respect de ce sentiment périmé. Nous admettrons donc qu'une part sociale peut être acquise en remploi du prix d'un immeuble propre, tout comme d'une autre part sociale ou d'un meuble propre quelconque. En tout cas, il est incontestable que le remploi d'immeubles sera valablement fait en actions de la Banque de France immobilisées conformément à l'article 7 du décret du 16 janvier 1808.

274. 4^o Le remploi a lieu, logiquement, à la suite de la vente d'un propre. L'ordre des opérations ne peut-il être inversé, l'achat à titre de remploi précéder la vente d'un propre ? La validité du remploi par anticipation, depuis longtemps, n'est plus contestée ni en doctrine ni en jurisprudence¹. Le bien acheté avant l'aliénation du propre, qu'il est destiné à remplacer, ne devient propre que si cette aliénation se réalise, sinon il reste conquêt. Le remploi par anticipation est donc conditionnel. Son utilité et l'absence de toute prohibition expresse le justifient : il permet de saisir une bonne occasion, il prévient la dissipation des biens provenant de la vente d'un propre. — On a voulu cependant refuser au mari la faculté d'user pour lui du remploi par anticipation. Si ce pouvoir lui était reconnu, il lui serait loisible, dit-on, d'attendre que le temps ait fixé le caractère avantageux ou désavantageux de l'acquisition pour la prendre à son compte, si elle était bonne, en aliénant son propre, ou pour la mettre à la charge de

1. RODIÈRE et PONT, I, n^o 677 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 64 ; LAURENT, XXI, n^o 361 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 473 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n^o 381 ; PLANIOL, III, n^o 957 ; Cass. Req. 5 décembre 1854, S. 1855, I, 353, D. P. 1855, I, 74 ; Paris 20 novembre 1858, S. 1859, II, 5, D. P. 1859, II, 78 ; Cass. 14 mai 1879, S. 1880, I, 17, D. P. 1879, I, 420.

la communauté en le conservant, si elle était mauvaise¹. — Cette distinction ne repose sur aucun texte. Le remploi par anticipation, s'il est admis, doit l'être, comme tout remploi, au profit du mari aussi bien qu'au profit de la femme². La communauté est exposée à bien d'autres dangers de la part du mari. D'ailleurs, la femme peut, elle-même, après avoir accepté le remploi par anticipation, ne pas vouloir vendre son propre et laisser l'opération à la communauté, si elle lui apparaît mauvaise. — Certains auteurs, toutefois, réservent à la femme le droit de contester le remploi et de faire attribuer au bien acquis le caractère de conquêt, en établissant que le mari lors du remploi par anticipation effectué par lui n'avait pas l'intention sérieuse et bien arrêtée d'aliéner un de ses biens propres, qu'il voulait se ménager la faculté de profiter de l'acquisition, si elle était avantageuse, ou d'en charger la communauté, si elle était mauvaise³. — Une part sociale pourra donc être achetée en prévision de la vente d'un propre, et pour tenir lieu de remploi à ce propre :

275. 5^o Le remploi est soumis à des conditions de forme. Il faut déclarer en l'acte d'acquisition : 1^o que celle-ci est faite de deniers provenus de l'aliénation d'un propre ; 2^o qu'elle est faite pour lui tenir lieu de remploi. Ces prescriptions restreignent le jeu de la subrogation réelle en matière de remploi. D'après les principes généraux posés par les théories modernes, pour se prévaloir de la subrogation il y aurait lieu seulement de prouver d'une manière quelconque que le bien nouveau a été acheté avec des deniers provenant de la vente d'un propre. L'article 1434 veut que cette preuve résulte d'une déclaration contenue dans l'acte même d'acquisition. Si cela suffisait, on pourrait encore dire que la subrogation réelle a lieu de plein droit dans le remploi, l'exigence de la déclaration d'origine des deniers apportant seulement une limitation aux procédés de preuve permis. Mais il faut, en outre, que l'intention d'effectuer un remploi soit clai-

1. Angers 6 mars 1844, S. 1846, II, 37, D. P. 1845, II, 57 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, II, n^o 1154.

2. Cass. 14 mai 1879, précité ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 64 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 474.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 64 ; BAUDRY-LACANTINERIE LE COURTOIS et SURVILLE, II, n^o 381. *Contra* : GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 475.

rement exprimée dans l'acte¹. La volonté apparaît donc comme le facteur essentiel de la subrogation réelle en matière de remploi. Elle n'est certes pas bannie de la subrogation réelle en matière d'échange, puisque les époux pourraient convenir, dans l'acte d'échange, que le bien acquis contre la cession d'un propre formerait un conquêt². Mais, tandis que dans ce dernier cas elle joue un rôle négatif, dans le premier cas elle joue un rôle positif.

276. Les conditions spéciales, auxquelles est subordonnée la réalisation de la subrogation réelle par remploi, s'expliquent. Les deniers formant le prix de vente d'un propre se sont confondus dans la caisse commune ; l'époux vendeur est devenu simple créancier d'une récompense, égale au montant de ce prix, contre la communauté. Il entre en concours avec les autres créanciers de la communauté. Au moyen du remploi il se paie en quelque sorte par préférence à ces créanciers, qui cependant étaient fondés à considérer comme commun le bien nouveau acquis à titre onéreux pendant le mariage. Ce peut être aussi un tiers à qui le mari a vendu un bien que la femme vient ensuite prétendre avoir été acquis en remploi d'un de ses propres. Il est juste que les faits, qui justifient le droit de l'époux à l'encontre des tiers, soient établis nettement à leurs yeux, qu'ils soient énoncés en l'acte d'acquisition, de telle sorte qu'en le consultant les tiers soient renseignés clairement sur la véritable nature du bien acquis, car c'est au moment même de l'acquisition que la subrogation logiquement doit se produire. Il est juste également d'exiger que l'époux déclare alors formellement vouloir exercer la

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 70 ; LAURENT, XXI, n° 367 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 483 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, nos 397 et 401 ; PLANIOL, III, n° 951 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 506 ; Cass. Req. 25 (ou 26) juillet 1852, S. 1852 I, 812, D. P. 1852, I, 249 ; Civ. 20 août 1872, S. 1873, I, 5 ; Paris 16 mars 1900, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1900, art. 11524. Dans notre ancien droit, POTHIER se contentait de la déclaration d'origine des deniers (*Tr. de la communauté*, n° 198), mais RENUSSEAU (*Tr. des propres*, ch. IV, sect. 2) et LE BRUN (*Tr. de la communauté*, liv. III, ch. II, sect. 2) exigeaient en outre une déclaration expresse de remploi.

2. *Non obstat* art. 1395 : AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 63 ; RODIÈRE et PONT, I, n° 652 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 465 ; Cass. 31 juillet 1832, S. 1832, I, 505, *J. Pal. chr. Contra* : LAURENT, XXI, n° 358.

faculté dont il jouit. Sinon les intéressés pourraient penser qu'il n'a pas voulu l'exercer. La simple déclaration d'origine des deniers peut être, en effet, interprétée comme faite par lui pour rappeler seulement son droit à récompense. Il y a lieu de remarquer, toutefois, que ces considérations valent surtout, lorsqu'il s'agit d'un remploi effectué au profit de la femme. Si c'est le mari l'auteur et le bénéficiaire du remploi, les créanciers de la communauté ne risquent pas d'en souffrir, puisqu'ils ont en même temps une action personnelle contre le mari. En ce cas, les formalités édictées par l'article 1434 sont destinées à protéger la femme.

277. Les déclarations prescrites par cet article peuvent être formulées en termes quelconques, pourvu qu'ils soient clairs¹. Nous admettons même, avec MM. Aubry et Rau², qu'il n'est pas nécessaire de dire que l'acquisition est faite à l'aide des deniers provenant de l'aliénation d'un propre. Cette déclaration serait la plupart du temps mensongère, car le remploi n'est pas obligatoirement et n'est pas généralement effectué avec les deniers mêmes qui composaient le prix du propre aliéné. Il y a notamment à cela une impossibilité en cas de remploi par anticipation. Il suffit de dire que le bien acquis est destiné à servir de remploi du prix provenu ou à provenir d'un propre déjà aliéné ou dont l'aliénation est projetée.

278. Les formalités édictées par l'article 1434 concernent, sans nul doute, le remploi en immeubles. Elles doivent être également observées, lorsqu'un meuble est acquis en remploi d'un propre mobilier ou immobilier. La jurisprudence est en ce sens³. Si c'est une part sociale, qui est acquise en remploi d'un propre, l'époux cessionnaire, pour qu'elle devienne propre, devra déclarer dans l'acte même de cession, qu'il l'acquiert à l'aide de deniers provenant de la vente d'un propre et pour en effectuer le remploi.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 69 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 484 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 506 ; Cass. Req. 23 mai 1838, DALL., *Jur. Gén.* V° *Cont. de Mar.*, n° 1407.

2. VIII, § 507, texte et note 70 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 482. *Contra* : RODIÈRE et PONT, I, n° 657 ; LAURENT, XXI, n° 364.

3. Cass. Req. 20 août 1872, S. 1873, I, 5, D. P. 1872, I, 406 ; Civ. 27 juin 1912, S. 1913, I, 12 ; 2 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 557, D. P. 1917, I, 187 ; Paris 27 juin 1894, D. P. 1895, II, 123.

Il ne sera pas difficile de se conformer à ces prescriptions, lorsque la cession interviendra directement entre vendeur et acheteur et donnera lieu à la rédaction d'un acte notarié ou sous seing privé. C'est de cette manière que se réaliseront les cessions d'intérêts, de parts de sociétés à responsabilité limitée, d'actions ne revêtant ni la forme nominative ni la forme au porteur, mais simplement cessibles par les voies civiles ou même d'actions nominatives et au porteur non cotées en bourse ni en banque.

Les cessions d'actions cotées, même en bourse, pourront aussi avoir lieu directement entre le cédant et le cessionnaire, et être constatées par acte notarié ou sous seing privé. Le monopole des agents de change ne porte pas sur les négociations faites sans intermédiaire, du moins au comptant¹, et il n'empêche pas les notaires de donner la forme authentique aux cessions d'actions conclues sans leur participation².

279. Mais le plus souvent on aura recours au ministère d'un agent de change. Les négociations se traitent entre agents de change. Elles ne portent que sur des quantités, sans aucune spécification, par voie d'indication de numéros ou autrement, des titres négociés (art. 46 décret du 7 octobre 1890). Les noms des vendeur et acheteur ne sont pas révélés. Il n'est pas dressé acte en forme de l'opération. Comment observera-t-on, dans ces conditions, les formalités édictées par l'article 1434 ? Apportera-t-on quelques tempéraments aux prescriptions de cet article ? Non, la jurisprudence exige qu'elles soient accomplies aussi strictement que s'il s'agit de l'acquisition d'un immeuble³. On a, d'ailleurs, jugé sa rigueur excessive. Les formes dont la loi entoure le remploi « se comprennent fort bien pour les remplois faits en immeubles, qui donnent lieu à la rédaction d'un acte écrit, dans lequel il est facile d'insérer les déclarations exigées par les articles 1434 et 1435. Mais ces dispositions datent d'une époque où l'on ne connaissait guère les remplois en valeurs

1. Cass. Cr. 4 février 1910 (3 arrêts), S. 1913, I, 65 (note de M. LYON-CAEN), D. P. 1911, I, 17 (note de M. PERCEROU).

2. JULLIOT, *J. des Not. et des Avoc.* 1904, art. 28153, n° 13, p. 279.

3. Cass. Req. 25 juillet 1852, S. 1852, I, 812, D. P. 1852, I, 249 ; Civ. 27 juin 1912, S. 1913, I, 12 ; 2 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 557, D. P. 1917, I, 187 ; Paris 27 juin 1894, D. P. 1895, II, 123 ; 16 mars 1900, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1900, art. 11524.

mobilières. Pour ceux-ci, qui se font par l'intermédiaire d'un agent de change, il n'y a pas de titre de propriété dans lequel on puisse placer les mêmes déclarations ; la jurisprudence pèche peut-être par excès de formalisme, quand elle applique sans distinction les mêmes règles, quelle que soit la nature des biens acquis comme remploi. Peut-être aurait-elle pu tenir compte des formes nouvelles usitées dans la pratique et admettre des équivalences quand l'origine des deniers n'est pas douteuse¹ ». — Nous répondrons, à l'appui de la jurisprudence, que s'il eût été créé pour les remplois en valeurs mobilières un régime de faveur, que ni la lettre ni l'esprit de l'article 1434 n'autorisent. S'agissant d'un remploi en immeubles, il ne sera pas valable en l'absence, dans l'acte d'acquisition, de la double déclaration édictée par cet article, même s'il peut être établi d'une autre manière avec certitude que l'achat a été réalisé avec des deniers provenant de l'aliénation d'un propre. Il n'existe pas, ce nous semble, en dehors de la déclaration dans l'acte d'acquisition, de moyens plus sûrs d'établir l'origine des deniers, lorsqu'il s'agit d'achat de valeurs mobilières que lorsqu'il s'agit d'achat d'immeubles. D'autre part, se contenter de la preuve de l'origine des deniers, ce serait admettre le remploi de plein droit en matière de valeurs mobilières, alors qu'il est basé sur la volonté expresse de l'époux en matière immobilière. Nous ne voyons aucun motif juridique qui puisse justifier cette distinction. La protection des tiers doit être assurée aussi efficacement dans les remplois en valeurs mobilières que dans les remplois en immeubles. Au surplus, la nécessité de l'observation scrupuleuse de l'article 1434 n'empêchera pas les remplois en actions achetées en bourse. Nous allons montrer comment elle peut s'adapter au mécanisme des achats par ministère d'agents de change.

280. Aux termes de l'article 47 du décret du 7 octobre 1890 « les agents de change ne se livrent entre eux que des valeurs au porteur, sauf en ce qui concerne les valeurs qui ne peuvent, d'après la loi ou d'après les statuts de l'établissement émetteur, affecter d'autre forme que la forme nominative » : L'article 36 de la loi du 26 mars 1927 maintient cette règle : « Les titres nominatifs, dit-il, autres que ceux essentiellement nominatifs,

1. Note D. P. 1895, II, 123 sous Paris 27 juin 1894.

se négocient en bourse, entre agents de change, en titres au porteur ».

281. Examinons d'abord le cas de négociation d'actions essentiellement nominatives, c'est-à-dire obligatoirement nominatives en vertu de la loi (actions non intégralement libérées : art. 31, l. 24 juillet 1867, modif. par l. 1^{er} août 1893) ou des statuts. Lorsqu'un époux voudra acheter de telles actions en remploi du prix d'un propre aliéné, il devra faire insérer dans son ordre d'achat les indications prescrites par l'article 1434. L'agent de change acheteur, au nom duquel les actions auront été transférées pour ordre et provisoirement de manière à assurer le secret des négociations (art. 38, l. 26 mars 1927), requerra le transfert au nom de l'époux acquéreur, accompagné des mentions inscrites dans l'ordre donné par celui-ci (art. 39, l. 26 mars 1927). Les titres, qui seront délivrés à l'époux conformément à cette réquisition et qui constitueront pour lui ses titres de propriété des actions par lui achetées, feront foi de ce que les déclarations voulues auront eu lieu au moment de l'acquisition (c'est par le transfert à son nom que le nouveau titulaire acquiert la propriété de l'action vis-à-vis des tiers). Les actions, objets de ces titres, seront donc valablement subrogées au bien propre en remploi duquel elles auront été achetées. Elles ne le seraient pas, si elles étaient simplement immatriculées au nom de l'époux possesseur du propre aliéné sans mention de remploi¹.

282. S'il s'agit d'actions facultativement nominatives, elles se négocient en bourse, avons-nous vu, en titres au porteur. L'acheteur, qui désire posséder des titres nominatifs, doit requérir la conversion à son nom des titres au porteur qui auront été acquis pour lui par son agent de change. La demande de conversion au nominatif avec mention de remploi, faite par un époux, après que lui aient été livrées sous la forme au porteur les actions par lui achetées, serait tardive ; elle ne saurait servir à réaliser un remploi régulier. C'est au moment de l'acquisition que les déclarations prescrites par l'article 1434 doivent avoir lieu. Lorsqu'il requiert la conversion au nominatif, l'époux est déjà propriétaire des titres au porteur. Et la conversion n'emporte pas acquisition d'actions nouvelles.

1. Cass. Req. 25 juillet 1852, S. 1852, I, 812, D. P. 1852, I, 249 ; Civ. 2 mars 1914, *Gaz. Pal.* 1914, I, 557, D. P. 1917, I, 187 ; Paris 17 janvier 1927, *Gaz. Trib.* 1927, II, 218.

Elle opère un simple changement dans la forme des titres représentant ces actions qui au fond demeurent identiquement les mêmes.

Mais alors n'est-il pas possible d'effectuer le remploi de propres en actions achetées en bourse, qui ne revêtent pas obligatoirement la forme nominative ?

Si, il n'y a qu'à déclarer dans l'ordre d'achat que celui-ci est fait à l'aide de deniers provenant de l'aliénation d'un propre et pour tenir lieu de remploi. Il faut reconnaître qu'en pratique cela n'a jamais lieu (à moins que l'époux ne s'adresse directement à un agent de change). C'est cependant le seul moyen d'effectuer un remploi en actions au porteur achetées en bourse. Il n'est pas nécessaire de requérir ensuite la conversion au nominatif avec mention de remploi.

L'époux pourrait demander aussi, en donnant son ordre d'achat, que les actions lui soient directement livrées sous la forme nominative et qu'une mention de remploi soit mise sur les titres. La mention de remploi ainsi inscrite sera-t-elle suffisante pour justifier que les déclarations prescrites par l'article 1434 auront été faites en temps voulu ? On pourrait objecter que les titres sur lesquels elle figuré ne sont pas les titres initiaux que l'époux a acquis. Ce sont des actions au porteur qui lui ont été livrées par le vendeur. Sans doute, il ne les a jamais eues effectivement en sa possession ; mais son agent de change ou son banquier les a possédées pour son compte. Dès lors, les titres nominatifs, qui contiennent la mention de remploi, ne prouvent pas que les déclarations aient été faites lors de l'acquisition. — Nous estimons que cette preuve peut être fournie, sans qu'il soit nécessaire de produire la feuille où ont été consignées ces déclarations lors de l'ordre d'achat, en établissant seulement que les titres livrés par l'agent de change ou le banquier à l'époux en exécution de son ordre sont ceux-là mêmes qui portent la mention de remploi. Peu importe que l'époux acheteur puisse être juridiquement considéré comme le possesseur des titres au porteur antérieurs. Il est certain qu'il a voulu acquérir immédiatement des titres nominatifs. S'il ne l'a pas pu, c'est en raison du mécanisme spécial des opérations de bourse, de la règle du secret qui préside à ces opérations. Cette règle ne doit pas être détournée de son but, empêcher le donneur d'ordre d'atteindre une fin légitime qu'elle ne prohibe pas. Bien que l'analyse nous révèle deux opérations successives : l'achat de titres au

porteur, puis leur conversion au nominatif, il n'en est pas moins vrai que, dans la réalité, ces opérations, qui se passent en dehors de l'acheteur, sont, de par la volonté de celui-ci, étroitement liées. Elles concourent au résultat voulu par lui initialement. Dans ces conditions, la possession préalable des actions au porteur, qui a existé plus théoriquement que pratiquement, peut être négligée. Ce sont des actions nominatives que l'époux veut acquérir. Il les acquiert par l'immatriculation à son nom ; donc la mention de remploi insérée dans l'immatriculation est contemporaine de l'acquisition, et partant valable.

Nous en concluons que, lorsque des actions immatriculées au nom d'un époux avec mention de remploi seront trouvées à la dissolution de la communauté, il faudra rechercher si cette mention de remploi a été opérée par suite d'une conversion de titres au porteur antérieurement possédés par l'époux d'une manière effective, auquel cas le remploi sera irrégulier, ou si cette mention a été mise sur les titres mêmes qui ont été livrés à l'époux en exécution de son ordre d'achat, auquel cas le remploi sera régulier.

283. Enfin, s'il s'agit d'actions à ordre, la mention de remploi devra figurer dans l'endos avant la date.

284. Lorsque la cession d'une part sociale est soumise à l'agrément des autres associés ou du Conseil d'administration, il sera prudent, de la part de l'époux cessionnaire, de faire les déclarations voulues en vue du remploi, dès que la cession aura été convenue conditionnellement entre lui et le cédant. Ces déclarations interviendraient, cependant, encore utilement, selon nous, lors de l'agrément donné par qui de droit, car c'est à ce moment seulement que la cession devient définitive.

285. La règle d'après laquelle la double déclaration prescrite par l'article 1434 doit avoir lieu lors de l'acquisition ne souffre-t-elle pas de tempéraments ?

L'un, unanimement reconnu, résulte de l'article 1595, 2°. En vertu de cette disposition le mari pourra céder à sa femme une part sociale par lui acquise sans déclaration de remploi au profit de celle-ci, et par conséquent devenue commune, pour effectuer le remploi de deniers appartenant à la femme, à condition que le remploi ait été rendu obligatoire pour le mari par une clause du contrat de mariage. Il s'agira là non

d'un véritable remploi, mais d'une dation en paiement ou d'une vente. La part sociale ne deviendra propre à la femme que du jour de cette opération sans rétroactivité¹.

D'autre part, certains auteurs admettent que les époux peuvent convenir, après l'acquisition d'un bien sans l'observation des formalités du remploi, que ce bien sera propre à l'un d'eux en remploi du prix d'un de ses propres aliénés ou de deniers lui appartenant. Cette convention, inopposable aux tiers, serait valable entre les époux. Elle ne déroge pas, dit-on, à l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisque le patrimoine de l'époux, qui profite de l'acquisition, ne se trouve pas augmenté au détriment de la communauté². Et l'on réfère à une clause dont les effets prouvent que les époux peuvent déroger entre eux à l'article 1434 : la clause stipulée dans certains contrats de mariage, d'après laquelle les premières acquisitions immobilières faites par le mari après aliénation des propres de la femme lui tiendraient lieu de remploi. En vertu de cette clause on permet à la femme de prendre en propre, même après la dissolution de la communauté, vis-à-vis du mari mais non vis-à-vis des tiers, les immeubles acquis par le mari dans les conditions sus-indiquées, bien que l'acte d'acquisition ne contienne aucune déclaration de remploi³. N'y a-t-il pas lieu d'en induire que les époux peuvent par convention, dans leurs rapports entre eux, se soustraire aux prescriptions de l'article 1434 ?

Cette opinion nous semble critiquable. Nous repousserons d'abord l'argument tiré de la clause précitée. Nous voulons bien admettre que les époux puissent, par leurs conventions matrimoniales et dans leurs rapports entre eux, écarter l'article 1434 ; nous admettrions même qu'ils conviennent de l'écarter au cours du mariage en vue du remploi d'un de leurs propres déterminé et préalablement à ce remploi. Dans tous ces cas, le bien acquis devient propre dès le jour de l'acquisition en remplacement du propre aliéné. Mais nous ne pouvons assimiler à ces hypothèses celle où les époux con-

1. AUBRY et RAU, § 507, note 71 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 487 ; PLANIOL, III, n° 952 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 505, p. 560, note 3 *in fine*.

2. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 506, p. 560, note 3.

3. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 84 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 502 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 508.

viendraient qu'un bien acquis antérieurement sans l'accomplissement des formalités édictées par l'article 1434 serait considéré comme propre à l'un d'eux à titre de remploi, car il y a là une véritable vente entre époux. Que le bien dont s'agit ait été primitivement acquis par le mari ou par la femme, il est tombé dans la communauté et la convention intervenue ultérieurement a pour effet de le transférer dans le patrimoine propre de l'un des époux en paiement d'une créance de celui-ci contre la communauté. C'est exactement une dation en paiement, dont la validité est réglée par l'article 1595. — Intervenant au profit de la femme, elle sera valable conformément à l'article 1595, 2^o, lorsque le mari, en vertu d'une stipulation du contrat de mariage, sera obligé de remployer le prix des propres de sa femme aliénés pendant le mariage et généralement toutes sommes appartenant à elle et touchées par lui. A la vérité, l'article 1595, 2^o ne formule pas cette condition. Cependant une jurisprudence, aujourd'hui bien assise, l'exige, interprétant les mots « cause légitime » employés par ce texte dans le sens de : créance exigible lors de la vente à la femme, et non pas seulement susceptible alors d'un paiement libératoire¹. — Une convention de ce genre intervenant au profit du mari sera infailliblement nulle². La cession prévue par l'article 1595, 2^o n'est permise que par le mari à la femme, et comme cette disposition pose une exception au principe de la prohibition des ventes entre époux, elle ne saurait être étendue au delà de ses termes. Une autre cause de nullité frappera, d'ailleurs, cette convention. Celle-ci constituerait, en effet, une vente

1. Bourges 25 janvier 1871, *J. Pal.* 1871, I, 78, D. P. 1871, II, 172 ; Cass. Civ. 2 juillet 1873, *J. Pal.* 1873, I, 789, D. P. 1873, I, 464 ; Besançon 15 juin 1881, *J. Pal.* 1882, I, 690, D. P. 1882, II, 52 ; Cass. Civ. 11 juillet 1888, *J. Pal.* 1888, I, 1022, D. P. 1889, I, 60 ; 16 avril 1889, *J. Pal.* 1890, I, 34, D. P. 1889, I, 375 ; Douai 20 juin 1894, S. 1896, II, 114, D. P. 1895, II, 515 ; Rouen 27 mars 1909, S. 1910, II, 161 (note critique de M. WAHL) ; PLANIOL, II, n^o 1445 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 504. *Contra* : Chambéry 21 février 1876, S. 1876, II, 143, D. P. 1877, II, 47 ; Nancy 18 avril 1885, S. 1886, II, 87, D. P. 1886, II, 127-128 ; LAURENT, XXIV, n^o 38 ; GUILLOUARD, *Vente*, I, n^o 154 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAINAT, *Vente*, n^o 216 ; BUFNOIR, note S. 1883, I, 473.

2. Bourges 26 avril 1837, S. 1837, II, 359, *J. Pal. chr.*, DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n^o 1411 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n^o 492.

d'un bien de communauté par la femme au mari. Un tel acte est contraire à l'article 1388 C. Civ. Sans doute le mari peut autoriser sa femme à aliéner un bien commun, mais elle agit alors au nom du mari, chef de communauté, même pour sa part dans le bien. C'est donc le mari qui, en l'espèce, devrait être regardé comme le véritable vendeur. Il est évident qu'il ne peut se vendre à lui-même un bien de communauté.

En conséquence, la part sociale, qui, par une convention conclue entre les époux postérieurement à son acquisition à titre onéreux pendant la communauté, sera attribuée à la femme en remploi d'un de ses propres aliéné ou de deniers lui appartenant, deviendra incontestablement propre à celle-ci, même à l'égard des tiers, mais sans rétroactivité, si le remploi était obligatoire pour le mari. Si le remploi était seulement facultatif, cette convention sera nulle. Sera également nulle la convention qui aura pour objet d'attribuer en propre au mari, à titre de remploi, une part sociale acquise antérieurement. La nullité, dans ces deux cas, résultant de la prohibition de la vente entre époux — nullité relative, dans l'opinion générale — pourra être invoquée, de l'avis unanime, par l'époux qui jouera le rôle de vendeur, ses héritiers et ses créanciers¹, et même, d'après certains auteurs, par l'époux acheteur et ses ayants-cause², pendant dix ans à compter de la dissolution du mariage³. Cette nullité aura pour effet de maintenir la part sociale dans la communauté.

Cette solution, font observer les partisans de la validité entre époux de la convention dont s'agit d'une manière générale, est fâcheuse. Elle rendra extrêmement rares les remplois en valeurs au porteur. Les déclarations prescrites par l'article 1434 ne sont, en effet, ordinairement pas faites dans l'ordre d'achat en bourse de telles valeurs. Admettre qu'une convention de remploi postérieure pût intervenir utilement dans les rapports entre époux aurait permis de réparer, sinon complètement du moins d'une façon appréciable, cette omis-

1. LAURENT, XXI, n° 42 ; GUILLOUARD, *Vente*, n° 165 ; PLANIOL, II, n° 1440.

2. AUBRY et RAU, V, § 351, note 31 ; HUC, X, n° 47 ; BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *Vente*, n° 227.

3. Autorités précitées.

sion¹. — Si utile que serait cette thèse, nous ne saurions nous y rallier. La prohibition de la vente entre époux la condamne. C'est fâcheux, peut-être, mais nous ne pouvons faire bon marché de ce principe impératif.

286. B. Les conditions ci-dessus exposées sont nécessaires à tout emploi, qui concerne le mari ou la femme. Lorsque le emploi est effectué au profit de la femme, une question spéciale se pose. Les deniers appartenant à celle-ci ou provenant de la vente d'un de ses propres tombent dans la communauté. Ils sont, par conséquent, à la disposition du mari. Il y a lieu dès lors de lui permettre de les remployer pour le compte de la femme. Une clause du contrat de mariage pourrait même l'y contraindre. Le emploi fait par le mari s'imposera-t-il à la femme ? L'article 1435 C. Civ. répond négativement : « La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de emploi, ne suffit point, si ce emploi n'a été formellement accepté par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu ».

Il résulte des termes de cet article que la femme peut accepter le emploi, effectué pour elle par le mari, postérieurement à l'acquisition, jusqu'à la dissolution de la communauté, et que son acceptation est nécessaire pour la validité de ce emploi. Elle est nécessaire, même si le emploi est obligatoire pour le mari, même si le contrat de mariage spécifie ce qui servira de emploi². Elle doit être formellement exprimée par acte authentique ou sous-seing privé, sans qu'il soit besoin d'employer de termes sacramentels. — Quant aux déclarations d'origine des deniers et de emploi, elles devront avoir lieu lors de l'acquisition. Elles seront faites par le mari, si la femme n'intervient pas à l'acte. Si celui-ci ne les contenait pas, le bien acquis pourrait encore servir au emploi de deniers propres à la femme, conformément à l'article 1595, 2°.

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, p. 560, note 3.

2. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 83 et 85 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, nos 500 et 502 ; PLANIOL, III, n° 1053 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 508. *Contra* : LAURENT, XXI, nos 390 et 391.

ainsi que nous l'avons dit, mais c'est à titre de dation en paiement — donc sans rétroactivité — que la femme l'acquerrait de la communauté.

287. Si la femme accepte lors de l'acquisition, le bien acheté est immédiatement subrogé à son propre aliéné ; il ne passe pas par la communauté.

Si la femme ne donne pas son consentement lors de l'acquisition, quelle est la nature juridique de son acceptation ultérieure ?

D'après un premier système, ce serait l'acceptation d'une offre faite par le mari de donner à la femme le bien acquis en paiement d'une créance de reprise de celle-ci. Cette offre, comme toute offre de contracter, serait révocable et sans effet rétroactif. Le bien acquis entrerait donc dans la communauté avant de devenir propre à la femme, qui supporterait tous les droits réels venus grever ce bien du chef du mari avant son acceptation, et même les actes de disposition de ce dernier. En outre, il se produirait une transmission du bien de la communauté à la femme, qui donnerait lieu à transcription et à la perception d'un droit de mutation.

D'après un deuxième système, qui revendique l'autorité de l'ancien droit¹, l'acceptation de la femme serait la ratification d'un acte de gestion d'affaires du mari. Celui-ci aurait effectué le remploi pour le compte de sa femme. Il ne pourrait plus dès lors, en aucune manière, l'empêcher de profiter de ce remploi, et l'acceptation de la femme aurait un effet rétroactif, ce qui ferait tomber tous les droits réels nés du chef du mari et éviterait une nouvelle transcription et un nouveau droit de mutation². Ces deux dernières conséquences de la théorie de la gestion d'affaires sont évidemment préférables aux conséquences contraires de la théorie de l'offre. Par contre, il apparaît que les rédacteurs du Code Civil ont entendu laisser le mari libre de révoquer l'offre de remploi faite à la femme, tant qu'elle ne l'aurait pas acceptée.

Aussi, la majorité des auteurs et la jurisprudence ont-elles adopté un système mixte. Il emprunte à la théorie de l'offre

1. POTHIER, *Tr. de la communauté*, n° 200 ; D'AGUESSEAU, 27^e plaidoyer, éd. Pardessus, II, p. 464.

2. LABBÉ, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, nos 89 à 96.

la révocabilité et à la théorie de la gestion d'affaires la rétroactivité. Le mari pourra révoquer son offre de emploi, jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée. Mais l'acceptation de la femme sera rétroactive. Les effets de cette rétroactivité seront d'ailleurs limités, car les actes de disposition ou de constitution de droits réels du mari seront considérés comme valant révocation totale ou partielle. En revanche, le bien acquis par la femme sera affranchi des hypothèques légales et de toutes charges provenant du chef du mari sans sa volonté. Une nouvelle transcription ne sera pas nécessaire ; un nouveau droit de mutation ne sera pas dû¹.

288. Le mari pourra donc acquérir une part sociale, en déclarant lors de l'acquisition qu'elle est achetée au moyen de deniers propres à sa femme et pour lui servir de emploi. Cette part sociale ne deviendra définitivement propre à la femme que lorsque celle-ci aura accepté le emploi. Jusqu'à cette acceptation le mari pourra révoquer son offre soit expressément, soit implicitement en aliénant la part sociale. L'acceptation une fois faite aura un effet rétroactif ; en conséquence, la femme sera censée avoir acquis en propre la part sociale dès le jour de l'acquisition du mari.

S'il s'agit d'une part sociale, dont la cession est soumise à l'agrément des autres associés ou du Conseil d'administration, il sera bon que le mari demande l'agrément de sa femme en même temps que le sien, de telle sorte que celle-ci n'ait pas à le solliciter après son acceptation. D'ailleurs, le emploi serait valablement fait, si la femme consentait à rester croupière.

Notons, enfin, que les prescriptions des articles 1434 et 1435 devront être observées, en cas de dation de part sociale (d'actions notamment) en paiement d'une créance propre à l'un des époux. *Datio in solutum vicem venditionis obtinet*. La dation en paiement équivaut à une vente, dont le prix est compensé avec la créance de l'acquéreur, et non à un échange. Le paiement de la créance propre de l'époux aurait profité à la communauté, sauf récompense. Dès lors la dation

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et notes 74, 75, 77, 78 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 509 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 421 ; PLANIOL, III, n° 959 et 960.

en paiement rentre dans les prévisions des articles 1434 et 1435 et non dans celles de l'article 1407¹.

Nous étudierons plus loin le cas où la part sociale acquise en remploi serait d'une valeur supérieure au bien remployé.

§ III. *Parts sociales acquises*
contre l'apport en société de biens propres

289. Nous ne nous sommes occupés jusqu'à présent que de l'emploi ou du remploi de deniers propres en l'acquisition, par cession, d'une part dans une société existante. Mais l'un ou l'autre époux peut apporter un bien propre dans une société lors de la constitution de celle-ci ou lors d'une augmentation de capital. L'apport constitue une aliénation au profit de la société ; en retour, l'apporteur acquiert une part sociale, c'est-à-dire un droit de créance mobilier contre la société (nous supposons la société douée de personnalité). La part sociale de l'époux apporteur sera-t-elle subrogée au bien propre apporté ?

Nul doute que la subrogation soit possible en l'occurrence. La subrogation réelle, avons-nous dit, se produit d'une manière générale pour les propres de communauté. Suivant les principes de ce régime, il n'y a qu'une circonstance qui pourrait l'empêcher de jouer, ce serait que le bien nouveau consistât en une chose non susceptible de constituer un propre parfait : chose consomptible par le premier usage, ou destinée à être vendue (argent comptant, marchandises) ; la communauté exercerait sur cette chose son droit de quasi-usufruit ; elle en deviendrait propriétaire, sauf récompense à la dissolution. Les droits sociaux ne rentrent dans aucune de ces catégories ; ils sont spécifiquement déterminés, donc de nature à former des propres parfaits.

Seulement il y a lieu de se demander s'ils seront subrogés de plein droit au bien propre ou si, pour qu'ils le soient, les formalités des articles 1434 et 1435 devront être observées.

On pourrait être tenté d'assimiler l'apport en société à un échange et d'admettre par suite la subrogation réelle de plein droit. L'apporteur cède son bien et il reçoit une part sociale

¹ Cass. Civ. 26 juillet 1869, S. 1869, I, 401, J. Pal. 1869, I, 1055, D. P. 1869, I, 455. *Contra* : Paris 21 février 1868, S. 1868, II, 176, J. Pal. 1868, I, 715, D. P. 1868, II, 49.

en échange. Mais observons l'opération de plus près. L'apporteur acquiert en contre-partie du bien, qu'il transmet à la société, non un autre bien possédé par celle-ci, mais un simple droit de créance, et ce droit de créance n'est que conditionnel ; il est subordonné à la réalisation de bénéfices durant la société et à l'existence d'un actif net à la dissolution, ce qui est tout à fait incertain. Cette combinaison ne saurait être qualifiée d'échange.

Il faut envisager le problème de plus haut. La subrogation réelle est de règle pour les propres de communauté. Mais tandis que l'article 1407 prévoit un cas où elle s'accomplit de plein droit, l'article 1434 la soumet, dans un autre, à certaines conditions. Quand on se trouve dans une hypothèse ne rentrant pas exactement dans les prévisions de l'un ou de l'autre de ces articles, appliquera-t-on le principe libéral du premier ou les prescriptions du second ? Il s'agit donc de déterminer la portée de chacun de ces deux articles. Pour cela, il faut rechercher les motifs, sur lesquels ils s'appuient respectivement. Pourquoi l'article 1434 subordonne-t-il la subrogation réelle à l'accomplissement de certaines formalités ? C'est parce que le bien subrogé au propre est acquis au moyen de deniers, ayant certes une origine propre, mais qui se sont confondus dans la masse commune. Le lien entre le bien acquis et le propre, qu'il remplace, n'est pas visible dans l'acte d'acquisition ; et l'établissement de ce lien ne suffit d'ailleurs pas, il laisse subsister un doute ; les deniers, malgré leur origine propre, sont tombés dans la communauté ; il est permis, dans ces conditions, d'hésiter à donner d'office, sur la seule connaissance de cette origine, le caractère propre au bien acheté avec ces deniers. On comprend dès lors la nécessité de la double déclaration prescrite lors de l'acquisition par l'article 1434. Dans l'échange, au contraire, le bien aliéné est un propre parfait, et le bien acquis est de nature à constituer un propre parfait. Il est donc logique que la subrogation réelle s'effectue, en ce cas, automatiquement.

De ces considérations nous tirerons les propositions suivantes : toutes les fois qu'un bien sera acquis à l'aide de deniers, ou plus généralement de choses consommables par le premier usage ou destinées à être vendues, qui seront tombées dans la communauté à charge de récompense, ce bien ne deviendra propre que si, dans l'acte d'acquisition, les formalités édictées par les articles 1434 et, le cas échéant, 1435

ont été observées. Toutes les fois qu'un bien de nature à constituer un propre parfait sera acquis contre un propre parfait, ce bien sera subrogé de plein droit au propre aliéné.

290. Faisant application de ces principes à l'attribution de part sociale en rémunération d'un apport en société, nous déciderons que sera propre par subrogation, sans qu'une déclaration de remploi soit nécessaire, la part sociale (action d'apport ou intérêt) acquise par l'un ou l'autre époux pendant le mariage en conséquence de l'apport par lui fait à une société, lors de sa constitution ou lors d'une augmentation de capital, d'un propre parfait¹, par exemple d'un immeuble (bâtiment d'exploitation, usine ou manufacture, entrepôt, maison de rapport, terrain à bâtir ou terrain de culture, bois ou pâture à défricher ou à exploiter, carrière, minière, mine, etc...), d'un fonds de commerce², d'un brevet d'invention, d'une marque de fabrique³, etc... — De l'avis unanime, la créance du prix de vente d'un bien propre devient propre de plein droit au lieu et place du bien aliéné, et l'époux, à qui ce bien appartenait, effectue, à la dissolution de la communauté, la reprise en nature de ladite créance, si elle n'a pas encore été payée. Il y a même raison de considérer comme propre de plein droit la part sociale (qui est aussi un droit de créance) attribuée en représentation de l'apport en société d'un bien propre. — D'ailleurs, il faut décider également que la part acquise dans une société dénuée de personnalité au moyen de l'apport d'un propre parfait sera subrogée de plein droit à ce propre : constituant une part indivise dans le fonds social, c'est-à-dire dans une universalité, elle est, en effet, nettement individualisée. Il y aura lieu seulement de se demander si la part indivise de l'époux dans les biens acquis par la société pendant la communauté accroîtra à sa part dans les biens sociaux originaires ou deviendra commune. Cette question doit recevoir la même solution si la société a ou non la personnalité ? Nous l'examinerons ultérieurement (tit. II, ch. I, sect. 1, § II).

1. Dissertation, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1925, art. 20795.

2. Trib. Valenciennes 2 février 1912, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1913, art. 17879.

3. Rouen 3 juin 1907, S. 1909, II, 17, *Gaz. Pal.* 1907, II, 237.

Nous exigerons, au contraire, la déclaration d'origine et d'emploi, dans l'acte de société, pour que devienne propre la part sociale acquise par un époux, au cours du mariage, en conséquence de l'apport par lui fait à la société de propres imparfaits (deniers, marchandises¹, meubles estimés pour valoir vente à la communauté²). Et si le mari apportait des propres imparfaits de la femme avec déclaration d'emploi au profit de celle-ci, il faudrait, en outre, qu'elle acceptât l'emploi ainsi effectué (art. 1435). — En ce qui concerne les sociétés anonymes et en commandite par actions, la double déclaration devra être insérée dans le bulletin de souscription, pour que les actions au porteur délivrées en vertu de cette souscription soient propres. Si les premiers titres délivrés par la société sont des titres nominatifs, ils devront porter mention de cette double déclaration.

Si l'époux apportait à la fois des propres parfaits et des propres imparfaits, une déclaration d'emploi serait nécessaire, pour que ses droits sociaux lui deviennent propres intégralement ; sinon, on se trouverait dans l'hypothèse d'apport en société de biens propres et de biens communs, hypothèse que nous examinerons plus loin.

L'époux pourrait recevoir en même temps une part sociale et une somme d'argent en contre-partie de son apport. Ce serait un apport mixte. La part sociale lui deviendrait propre *de plano*, si l'apport consistait en un propre parfait, ou à condition que la déclaration d'emploi ait été effectuée, si l'apport consistait en propres imparfaits, et il aurait droit à récompense du montant de la somme reçue.

Enfin, un époux pourrait recevoir des actions déjà émises en rétribution de l'apport d'un bien propre fait au cours de la société, cet apport n'étant pas incorporé dans le capital social. Pourvu que le bien apporté fût un propre parfait, nous considérerions les actions remises en échange à cet époux comme subrogées de plein droit à ce bien. Si cette opération ne constitue pas un apport proprement dit, si, au point de vue fiscal, elle peut être analysée en une vente avec prix payable

1. Cass. Civ. 20 août 1872, S. 1873, I, 5, D. P. 1872, I, 406 ; Paris 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161 et la note de M. CAPITANT, *Gaz. Trib.* 1927, II, 541, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1928, art. 21623.

2. Rouen 3 juin 1907, précité.

en actions¹, les formalités de l'article 1434 apparaissent néanmoins inutiles en l'hypothèse, puisqu'il y a remplacement immédiat d'une valeur individuellement déterminée par une autre valeur individuellement déterminée. Pour les rendre obligatoires, il faudrait décomposer l'acte en une vente (vente du bien apporté à la société), suivie d'une dation en paiement (dation des actions en paiement du prix). La Cour de Cassation assujettit, en effet, la dation en paiement aux prescriptions de l'article 1434². Cette analyse introduit une fiction : la stipulation d'un prix. La subrogation réelle ne peut être entravée par cette fiction. La réalité seule compte pour elle. Or, en fait, il y a substitution directe d'une valeur certaine à une autre valeur certaine. Cela suffit pour que la subrogation réelle joue.

291. Apport de droits dans une société dissoute. — Transformation. Fusion. — Il y a une espèce d'apport qui mérite de retenir particulièrement l'attention, c'est l'apport dans une société nouvelle de droits dans une société dissoute dont le patrimoine n'a pas encore été liquidé ni partagé. Semblable apport est susceptible de se réaliser de plusieurs manières : après dissolution d'une société et avant liquidation et partage, un des anciens associés fonde avec ses co-associés ou quelques-uns d'entre eux ou des tiers une nouvelle société, dans laquelle il apporte ses droits dans la société dissoute ; — les associés modifient le pacte primitif, de telle sorte que la société ancienne disparaît, faisant place à une société nouvelle ; — une société se dissout et apporte tout son actif à une société déjà existante ou à une société nouvelle, qui reçoit également l'actif d'une autre société dissoute : nous sommes là en présence d'une fusion par voie d'absorption ou par voie de création de société nouvelle. Dans toutes ces hypothèses, les droits, qu'un associé marié sous le régime de la communauté d'acquêts acquerra dans la société nouvelle, seront-ils subrogés *de plano* à ceux qu'il possédait en propre dans la société ancienne, ou bien l'accomplissement des formalités des articles 1434 et 1435 sera-t-il nécessaire à cet effet ? Avant de répondre à cette question, il convient de préciser les

1. Trib. Draguignan 12 mars 1903, *Rép. Gén. du Notar.*, art. 13458.

2. Cass. 26 juillet 1869, S. 1869, I, 401, D. P. 1869, I, 455, cassant Paris 21 février 1868, S. 1868, II, 176, D. P. 1868, II, 49.

hypothèses auxquelles elle a trait, et notamment celles de modifications aux statuts et de fusion.

292. *Modifications aux statuts entraînant création d'une société nouvelle.* — Y a-t-il donc des modifications si importantes qu'elles entraînent dissolution de la société qu'elles touchent, et création d'une société nouvelle ? Quelles sont ces modifications ?

Pour les déterminer, on ne saurait se référer exclusivement à l'intention des parties. Sans doute, celles-ci peuvent, par le même acte, mettre fin à la société existante et en reconstituer une autre sur des bases, même très peu différentes. Elles ne pourraient pas, à l'inverse, empêcher la substitution d'une société à une autre, si les changements apportés étaient incompatibles avec le maintien de la société ancienne.

Il y a donc lieu de rechercher, d'une manière objective, quels sont, dans une société donnée, les traits qui constituent sa physionomie propre, de telle sorte que l'altération de l'un d'eux entraîne la disparition de l'être social primitif et la formation d'un être social nouveau.

La discrimination de ces traits ne doit pas être identifiée à celle des bases essentielles, auxquelles l'assemblée générale des actionnaires ne pouvait porter atteinte avant la loi du 22 novembre 1913. Il est des modifications exigeant, sous l'empire de la législation antérieure (encore en vigueur dans une certaine mesure, comme nous le verrons plus loin), l'unanimité des actionnaires, qui néanmoins n'emportent pas dissolution de la société : ce sont celles touchant aux droits propres des actionnaires (*Sonderrechte*), par exemple le droit pour chaque actionnaire de participer aux délibérations des assemblées générales dans les conditions prévues par les statuts, celui d'obtenir une part proportionnelle, égale à celle des actionnaires de la même catégorie, dans les bénéfices et dans le capital de la société. On conçoit, en effet, que des dispositions du contrat de société, que les associés ont pu considérer comme essentielles, à leur point de vue purement subjectif, en consentant à entrer dans la société, ne présentent pas la même importance capitale, au point de vue de la détermination de la personnalité, avec laquelle la société se manifeste au dehors. — D'autre part, la théorie des bases essentielles est spéciale aux sociétés par actions antérieures à la loi du 22 novembre 1913 ; elle n'est pas applicable aux

sociétés par actions postérieures à cette loi, dans lesquelles l'assemblée extraordinaire peut modifier la plupart des bases essentielles ; elle n'est pas applicable non plus aux sociétés de personnes, dans lesquelles toute modification aux statuts requiert l'unanimité des associés. Pourtant, il est bien certain que toute modification apportée aux statuts de ces dernières sociétés n'entraîne pas la création d'une société nouvelle. Il ne faut donc pas confondre, bien qu'elles aient des points communs, la théorie des bases essentielles, élaborée en vue de délimiter les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires, et celle des modifications substantielles emportant substitution d'une société à une autre.

Parmi les éléments composant l'individualité d'une société les plus importants apparaissent être : la forme, la nationalité, l'objet, et, s'il s'agit d'une société de personnes, le personnel. Nous allons nous demander à propos de chacun d'eux, successivement, si son changement n'est pas susceptible d'entraîner la disparition de l'être moral ancien et la création d'un être moral nouveau.

293. A. Examinons d'abord *la forme*. La loi reconnaît plusieurs formes de sociétés. Toute société doit emprunter nécessairement l'une de ces formes. Chacune de celles-ci (sauf celle de l'association en participation) confère à la société, qui la revêt, une personnalité spéciale, différente de celle qui résulte de l'adoption d'une autre forme. Une société d'un certain type ne saurait donc se transformer en une société d'un autre type en gardant sa même personnalité. Cependant d'assez nombreuses exceptions restreignent cette règle.

294. a) 1^o D'abord, il y a un certain nombre de dispositions légales, qui permettent aux sociétés soumises à un certain régime de se placer sous un régime différent. Ces dispositions sont généralement édictées lors de l'institution d'un nouveau type de société ; elles ont pour but d'en favoriser la diffusion, en en facilitant l'adoption aux sociétés déjà constituées ou même se constituant postérieurement sous une forme voisine. Elles se contentent, la plupart du temps, de dire que telles et telles sociétés pourront se transformer en sociétés du type nouveau, sans ajouter que cette transformation n'emportera pas dissolution de la société ancienne. Mais cela est inutile. A quoi serviraient ces dispositions, si elles ne tendaient pas à empêcher la substitution d'une société

à une autre. Car, il est évident que les membres d'une société existante lors de l'instauration d'un nouveau genre de société pourraient dissoudre cette société et en constituer une autre sous la forme nouvelle avec l'actif de l'ancienne. Ainsi, tout en conservant leur individualité originaire, les sociétés en commandite par actions antérieures à la loi du 24 juillet 1867, dont les statuts permettent la transformation en sociétés anonymes autorisées par le Gouvernement, peuvent se convertir en sociétés anonymes dans les termes déterminés par le titre II de ladite loi, en se conformant aux conditions stipulées par les statuts pour la transformation (art. 19, l. 24 juillet 1867) ; — les sociétés anonymes autorisées existantes lors de la loi du 24 juillet 1867 peuvent, avec l'autorisation du Gouvernement et en observant les formes prescrites par leurs statuts, se transformer en sociétés anonymes régies par la loi du 24 juillet 1867 (art. 46 de cette loi) ; — les sociétés à responsabilité limitée assujetties à la loi du 23 mai 1863, existantes lors de la loi du 24 juillet 1867, peuvent se convertir en sociétés anonymes régies par cette dernière loi, en observant les formes prescrites pour les modifications de leurs statuts (art. 47, l. 24 juillet 1867) ; — les sociétés civiles, constituées sous d'autres formes lors de la loi du 1^{er} août 1893, peuvent, si leurs statuts ne s'y opposent pas, se transformer en sociétés en commandite par actions ou en sociétés anonymes par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée et réunissant les conditions tant de l'acte social que de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (art. 7, l. 1^{er} août 1893) ; — les sociétés civiles de mines ont été transformées de plein droit en sociétés commerciales par les articles 5 de la loi du 9 septembre 1919, 18 de la loi du 31 juillet 1920 et 9 de la loi du 31 décembre 1920 ; — les sociétés alsaciennes et lorraines régies par la loi locale peuvent se transformer en sociétés régies par la loi française (art. 13, l. 24 juillet 1921) ; — les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes, constituées antérieurement ou postérieurement à la loi du 7 mars 1925, peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée, sous réserve des droits des tiers, et les sociétés à responsabilité limitée peuvent, sous la même réserve, se transformer en sociétés anonymes (art. 41, l. 7 mars 1925). Le rapporteur à la Chambre de cette dernière loi a émis, il est vrai, l'opinion que cet article 41 n'avait pas pour effet d'empêcher la formation

d'une société nouvelle. Il se fondait sur ce que le texte proposé par la Commission du Commerce et de l'Industrie de la Chambre ne reproduisait pas cette phrase contenue dans le projet de texte élaboré par la Commission d'Etudes Législatives, qui avait été soumis à la Commission de la Chambre : « ces transformations ne seront pas considérées comme créant un être moral distinct, la société nouvelle n'étant que la continuation de l'ancienne ». On ne peut accorder à cette suppression cette portée. La Commission de la Chambre aura très vraisemblablement pensé que le maintien de l'être social primitif découlait logiquement de la concession expresse de la faculté de transformation. Sinon à quoi servirait cette concession ? Sans doute, l'article 18 de la loi du 31 juillet 1920, autorisant les sociétés minières à se transformer en sociétés anonymes, ajoute que cette transformation « ne sera pas considérée comme créant un être moral nouveau, la société anonyme nouvelle n'étant que la continuation de la société civile ». Mais on reconnaît qu'il n'était pas besoin de le dire¹. La plupart des dispositions légales précitées, qui permettent aux sociétés de types anciens d'adopter la nouvelle forme instituée, se bornent à énoncer cette faculté purement et simplement, et cependant on ne conteste pas qu'elles aient pour effet d'édicter la destruction de l'être moral primitif et la création d'un être moral nouveau. D'ailleurs, c'est bien dans ce sens (continuation de la personne morale originaire) que l'article 41 de la loi du 7 mars 1925 a été interprété par la Régie². En tout cas, la conversion d'une société anonyme ou en commandite par actions postérieure à la loi du 22 novembre 1913 en société à responsabilité limitée, rentrant dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire à moins qu'elle n'entraîne augmentation des engagements des associés, ainsi que nous le verrons ci-après, n'emporte pas création d'une société nouvelle.

295. 2° Il n'y a pas que la loi qui puisse supprimer l'effet novatoire de la transformation. On admet généralement qu'au

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1038.

2. Instruction de la Direction Générale de l'Enregistrement, n° 3851, du 11 avril 1925, § 11, art. 12. Dans ce même sens, LÉFARGNEUR, *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, n° 54, not. p. 116 et s. ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1025 ; PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée*, n° 424.

cas où les statuts ou une décision postérieure¹ prévoient la transformation de la société, la réalisation de cette transformation (pourvu qu'elle ne soit pas concomitante à la décision l'autorisant) n'entraîne pas dissolution de l'être moral primitif et création d'un être moral nouveau². Il n'est pas douteux que par cette clause les parties aient voulu assurer la perpétuité de la société malgré les changements de forme qu'elles lui feraient subir. Seulement le peuvent-elles ? L'opinion négative objecte que les motifs invoqués pour refuser aux associés le droit de maintenir la société ancienne en échangeant la forme militent également, lorsque la conversion a été prévue ou lorsqu'elle n'a pas été prévue par les statuts ou une décision ultérieure. Puisque chaque type de société tient son individualité spéciale de la loi, la volonté des parties, à quelque moment qu'elle soit exprimée, ne saurait empêcher que le passage d'un type à un autre ne s'effectue sans l'anéantissement de la société ancienne et la création d'un être moral nouveau³. — Cependant, le législateur, par les nombreuses dérogations qu'il a apportées au principe de l'effet novatoire de la transformation, semble montrer qu'il ne considère pas ce principe comme d'ordre public. Dès lors, il n'y a pas lieu de refuser aux parties la faculté de créer un être social transformable. La transformation prévue et autorisée par les statuts a, en effet, le caractère d'une simple évolution, tandis que non prévue par les statuts elle constitue une véritable révolution, à laquelle l'être moral primitif n'était pas préparé et ne peut, par conséquent, résister. La transfor-

1. Trib. Rennes 26 mai 1884, *J. Enreg.*, n° 22445 ; Trib. Seine 4 décembre 1891, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 7809 ; Trib. Bar-sur-Aube 5 juin 1896, *J. Soc.* 1897, p. 313 ; Trib. Lille 16 mars 1906, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 8457.

2. Cass. Civ. 29 juillet 1890 (sol. impl.), *S.* 1891, I, 183 ; 11 avril 1905 (sol. impl.), *S.* 1906, I, 361, *D. P.* 1906, I, 460 ; Paris 7 avril 1887, *S.* 1890, II, 238, *D. P.* 1889, II, 41 ; Trib. Seine 1^{er} juillet 1899, *J. Soc.* 1900, p. 83 ; Trib. Reims 14 mars 1905, *J. Soc.* 1906, p. 231 ; Trib. Laon 1^{er} avril 1912, *S.* 1912, II, 191 ; Sol. Régie 3 octobre 1888, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 7352 ; 5 avril 1897, *J. Soc.* 1898, p. 140 ; LACOUR, *J. Soc.*, art. 2222, n° 23, p. 150 et s. ; AUGER, *Transformation des sociétés*, *Rev. Soc.* 1925, p. 261.

3. WAHL, note *S.* 1906, I, 361, et *De la transformation des sociétés*, *J. Soc.* 1910, art. 1922, n° 9, p. 103 ; THALLER, note *D. P.* 1893, I, 103 sous Cass. 30 mai 1892.

mation d'une société dénuée de personnalité (association en participation) en société douée de personnalité, ou réciproquement, emporte, toutefois, par la force même des choses, bien qu'elle ait été prévue par les statuts, dissolution de la société primitive et création d'une société nouvelle.

296. 3^o N'y a-t-il pas, en outre, certaines sociétés, qui en l'absence de toute clause préalable de leurs statuts peuvent se transformer, tout en gardant leur même individualité ? Nous visons les sociétés par actions postérieures à la loi du 22 novembre 1913. Cette loi modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 attribue à l'assemblée extraordinaire, statuant avec un quorum des trois quarts du capital social et une majorité des deux tiers des actionnaires présents ou représentés, le pouvoir de changer la forme de la société. Ne s'ensuit-il pas qu'un tel changement peut désormais, dans les sociétés régies par ladite loi, être opéré sans destruction de l'être social primitif ? On l'admet généralement¹.

Un auteur cependant soutient la négative. Si les changements de forme prévus aux statuts n'emportent pas création d'une société nouvelle, « c'est qu'on considère, dit-il, ces changements comme s'identifiant avec la société qui les a prévus, et, par conséquent, comme n'étant pas de véritables modifications : ils ont opéré *ex antiqua causa*. Or, quand les changements ne sont pas prévus, ils ont beau être régulièrement autorisés par l'assemblée générale, ils ne se lient pas aux statuts. Il reste donc vrai que les changements non prévus, quand ils atteignent l'un des traits qui constituent les éléments fondamentaux de la société, donnent lieu à une société nouvelle² ».

L'opinion contraire semble préférable. La création d'une société nouvelle exige le consentement unanime des associés. On peut dire, il est vrai, en l'hypothèse, que les actionnaires,

1. THALLER et PIC, III, n^o 1383, cf. toutef. n^o 1358 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n^o 1304 ; BOSVIEUX, *Comment. de la loi du 22 nov. 1913*, J. des Not. et des Avoc. 1914, art. 30788, p. 97 ; BOURCART, *Les modifications aux statuts et la loi du 22 nov. 1913*, Ann. Dr. Comm. 1914, pp. 337-338 ; BOUVIER-BANGILLON, *Loi du 22 nov. 1913*, Lois Nouvelles 1914, p. 157, note 1-2^o ; AUGER, *Transformation de sociétés*, Rev. Soc. 1925, p. 259.

2. WAHL, *Comment. de la loi du 22 nov. 1913*, J. Soc. 1914, art. 2313, n^o 3 bis, p. 52.

en entrant dans une société assujettie à la loi du 22 novembre 1913, ont donné leur consentement virtuel à la création de toute société nouvelle, qui résulterait des modifications décidées par l'assemblée extraordinaire dans la limite de ses pouvoirs. Mais la constitution d'une société nouvelle est un acte trop grave pour ne pas nécessiter le consentement exprès des associés. Au surplus, la loi de 1913, en étendant le pouvoir modificateur de l'assemblée extraordinaire à la transformation de la société, montre qu'elle considère la transformation comme une simple modification de la société et non comme la substitution d'une société à une autre.

Qu'une société anonyme se transforme en société anonyme à participation ouvrière, qu'elle se transforme en société en commandite par actions ou réciproquement, l'être moral originaire n'en subsistera pas moins.

297. On se demande, toutefois, si la conversion d'une société par actions en société de personnes rentre dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, sous l'empire de la loi du 22 novembre 1913. Certes, il semble que cette loi interdise seulement à ladite assemblée d'augmenter les engagements des associés et de changer la nationalité de la société. Mais les sociétés de personnes sont d'une autre race. Un bouleversement aussi profond que celui qui résulte de la transformation d'une société par actions en société de personnes ne saurait s'accomplir sans l'unanimité des associés, et il est impossible de voir dans la société ainsi transformée la simple continuation de la société antérieure¹. D'ailleurs, une telle transformation exigera généralement le consentement de tous les associés en vertu de l'article 31 nouveau lui-même de la loi du 24 juillet 1867. S'il s'agit de la conversion d'une société anonyme en société civile (cela n'est possible que si son objet est civil) ou en société en nom collectif, les engagements des associés seront aggravés de ce fait, et s'il s'agit de la transformation moins radicale d'une société en commandite par actions en société en commandite simple, on peut encore soutenir qu'elle aggravera la situation des associés, les parts de ceux-ci devenant incessibles². Enfin, il y a un cas où la transformation anéantira indiscutablement l'être social ancien,

1. COPPER-ROYER, II, n° 578.

2. Cass. Req. 2 janvier 1924, D. H. 1924, 61, J. Soc. 1925, p. 83.

c'est celui où la société par actions se convertira en une société dénuée de personnalité (association en participation).

Les statuts, d'un autre côté, pourront apporter une limitation aux effets de la loi du 22 novembre 1913, en interdisant à l'assemblée extraordinaire certaines modifications permises par cette loi, notamment le changement de forme.

298. Pour déterminer la portée exacte de la solution nouvelle apportée par la loi du 22 novembre 1913 au point de vue qui nous intéresse, il convient de préciser les sociétés que cette loi régit. S'applique-t-elle à toutes les sociétés par actions constituées postérieurement à sa promulgation ? S'applique-t-elle aux sociétés constituées antérieurement à sa promulgation ?

299. Les dispositions de cette loi ayant été insérées dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, qui est placé sous le titre des sociétés anonymes, il y a lieu de se demander si elles sont applicables aux sociétés en commandite par actions. La même question se posait déjà pour l'article 31 ancien. L'affirmative, qui rationnellement et pratiquement s'impose, est généralement admise depuis la loi du 16 novembre 1903. Cette loi porte que toute société par actions peut, par délibération de l'assemblée générale constituée dans les conditions prévues par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, créer des actions de priorité. Elle suppose sans nul doute que ledit article 31 est applicable d'une manière générale aux sociétés en commandite par actions aussi bien qu'aux sociétés anonymes¹.

300. La loi du 22 novembre 1913 s'applique-t-elle aux sociétés existant lors de sa promulgation ? L'article 4 de cette loi lui confère une certaine rétroactivité : il rend applicable les dispositions du § 4, qu'elle introduit dans l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, aux sociétés déjà constituées sous l'empire de cette dernière loi. D'après ce § 4, au cas où la première assemblée ne remplirait pas les conditions fixées par le § 3, une deuxième et une troisième assemblées, délibérant valablement avec un quorum décroissant, peuvent être convoquées pour apporter aux statuts toutes modifications autres que celles relatives à l'objet et à la forme. En

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 1018 ; THALLER et PIC, III, n° 1377 ; Cass. 2 février 1910, *J. Soc.* 1910, 345.

déclarant ce § 4 applicable aux sociétés constituées antérieurement à la loi du 22 novembre 1913, le législateur a très vraisemblablement voulu étendre les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de ces sociétés à toutes les modifications autres que celles relatives à l'objet et à la forme¹. La majorité des auteurs ne se croit pourtant pas autorisée à admettre cette solution². C'est le § 1 nouveau de l'article 31 de la loi de 1867, qui pose le principe de la compétence de l'assemblée extraordinaire en ce qui concerne les modifications aux statuts. Le § 4 édicte seulement des règles de détail ; il se borne à fixer les conditions de quorum et de majorité requises de l'assemblée extraordinaire. Puisque le § 1 n'est pas stipulé rétroactif, c'est toujours d'après les principes en vigueur avant la loi du 22 novembre 1913, c'est-à-dire d'après la théorie des bases essentielles, qu'il faut déterminer la compétence de l'assemblée extraordinaire des sociétés antérieures à cette loi. Seulement, en vertu de la rétroactivité du § 4, on appliquera à l'assemblée extraordinaire de ces sociétés, délibérant dans la limite des pouvoirs ainsi fixés, les conditions de quorum et de majorité prescrites par ce § 4. — Une difficulté surgit alors : la condition de quorum fixée pour la deuxième assemblée est la même que celle fixée par l'article 31 ancien, qui continue à régir la première assemblée, et la majorité exigée pour cette deuxième assemblée est plus forte que celle exigée par l'article 31 ancien ($2/3$ au lieu de $1/2$). Les conditions de validité des résolutions prises par la deuxième assemblée sont donc plus rigoureuses que celles des résolutions prises par la première assemblée. Pour éviter ce résultat choquant certains auteurs ont cru devoir admettre la rétroactivité du § 3 de l'article 31 nouveau de la loi du 24 juillet 1867 dans ses dispositions relatives au quorum et à la majorité de la première assemblée³. D'autres systèmes ont encore été proposés⁴. Quoiqu'il en soit, il est bien certain que le chan-

1. En ce sens : Paris 11 février 1914, S. 1917, II, 73 ; WAHL, *J. Soc.* 1914, art. 2313, n° 80 et *Précis*, n° 892.

2. THALLER, n° 694 *ter* ; LYON-CAEN, *Rev. Crit.* 1914, p. 580 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 1305.

3. HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 1305.

4. ARTHUYS, n° 593-II ; BOUVIER-BANGILLON, *Lois Nouvelles* 1914, p. 182.

gement de forme reste interdit à l'assemblée extraordinaire des sociétés constituées avant la loi du 22 novembre 1913, même si l'on pense que cette loi a étendu les pouvoirs de la dite assemblée de ces sociétés¹. Il n'est donc pas douteux que la transformation de ces sociétés, si elle n'a pas été prévue par les statuts, emportera création d'un être moral nouveau.

301. *b)* Toutes les exceptions sus-indiquées au principe, d'après lequel la transformation emporte la création d'une société nouvelle, résultent d'une disposition légale ou d'une clause des statuts. Ne faut-il pas, en outre, apporter des tempéraments à ce principe, lorsque la forme nouvelle ne s'éloigne pas trop de la forme ancienne ?

302. 1^o Ne pourrait-on pas considérer, par exemple, la conversion d'une société de personnes en une autre société de personnes comme laissant subsister l'être moral primitif, si l'une et l'autre sont commerciales ? On l'a soutenu. La société en nom collectif et la société en commandite simple, a-t-on dit, comportent toutes deux des associés indéfiniment responsables et leurs parts sont incessibles sans le consentement de tous les associés². Néanmoins, la présence dans la société en commandite simple d'associés responsables seulement dans la limite de leurs apports, ne pouvant s'immiscer dans la gestion, à côté d'associés gérants ou susceptibles de l'être, indéfiniment et solidairement responsables, constitue entre elle et la société en nom collectif une différence essentielle, qui leur donne à chacune une individualité distincte. Aussi faut-il décider que la transformation d'une société en nom collectif en société en commandite simple par la limitation de la responsabilité de certains associés ou la substitution d'un commanditaire à un associé en nom, ou la conversion d'une société en commandite simple en société en nom collectif par la transformation de commanditaires en associés en nom avec ou sans changement de personnes entraîne la création d'un être moral nouveau³. — On a dit qu'il ne doit

1. V. cep. CUPPER-ROYER, II, n^o 366, qui se prononce pour la rétroactivité complète de la loi du 22 novembre 1913.

2. Sol. Régie 15 mai 1869, *Rép. pér. de Garnier*, art. 3118 ; Trib. Seine 1^{er} juillet 1899, *J. Enreg.*, art. 25810 ; Trib. Reims 14 mars 1905, *Rép. pér. de Garnier*, art. 11015.

3. Valenciennes 29 avril 1898, *J. Soc.* 1899, 52.

pas en être de même, lorsque la transformation se réalise soit par introduction de commanditaires dans la société en nom collectif, soit par retraite des commanditaires de la société en commandite simple. Il y a, dans le premier cas, adjonction d'éléments nouveaux à la société, dans le second, amputation d'éléments anciens ; mais ces faits n'empêchent pas l'être moral primitif de subsister¹. Nous inclinerions, au contraire, à voir, dans ces cas, la création d'un être moral nouveau. Pour que l'adjonction ou la suppression d'éléments laisse subsister la société ancienne, encore faut-il qu'elle n'en change pas la nature. Or, c'est précisément ce qu'elle fait en l'occurrence².

303. 2^o On a soutenu également que la transformation d'une société par actions en une autre société par actions s'accomplissait sans substitution d'un être moral à un autre. La société anonyme et la société en commandite par actions comportent toutes deux des actionnaires, a-t-on dit³. Mais dans la société en commandite par actions, à côté des actionnaires, se trouvent des associés indéfiniment responsables qui conduisent l'affaire, les actionnaires, à la différence de ceux des sociétés anonymes, ne pouvant prétendre aux fonctions de gérant ou d'administrateur : l'économie de la société en commandite par actions est donc essentiellement distincte de celle de la société anonyme, et chacune de ces sociétés possède une individualité propre⁴.

304. 3^o Dans une opinion consacrée par la jurisprudence, on se refuse à voir un changement de nature à emporter création d'un être moral nouveau dans la transformation d'une société en commandite simple en société en commandite

1. AUGER, *Rev. Soc.* 1925, p. 260 ; Trib. Remiremont 25 janvier 1900, *J. Soc.* 1900, 453.

2. WAHL, *J. Soc.* 1910, p. 98.

3. Besançon 15 juin 1869, S. 1870, II, 105, D. P. 1870, II, 3 ; Trib. Laon 27 mars 1884, *Gaz. Pal.* 1884, II, 104 ; Trib. Montfort 2 mars 1888 (motifs), sous Cass. 29 juillet 1890, S. 1891, I, 183 ; Sol. Régie 12 septembre 1876, D. P. 1877, III, 55, *J. Enreg.*, art. 20179.

4. Lyon 6 février 1868, S. 1868, II, 165, *J. Pal.* 1868, 698 ; Trib. Seine 10 avril 1869, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 3144 ; Trib. Bordeaux 7 mai 1873, *id.* art. 3892 ; Paris 16 août 1879, *J. Soc.* 1880, 118 ; Rennes 26 mai 1884, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 6522 ; Req. 12 mars 1888, D. P. 1888, I, 407 ; Trib. Com. Marseille 4 août 1903, *J. Soc.* 1904, 44.

par actions ou réciproquement¹. Il existe cependant, d'après nous, une différence fondamentale entre ces deux espèces de sociétés ; l'une est une société de capitaux, l'autre est une société de personnes. Il en résulte que ces deux sortes de sociétés sont soumises à un régime tout à fait distinct (notamment aux points de vue de la constitution de la société, de sa dissolution, de la cessibilité des parts, des pouvoirs de la majorité, de l'organisation de la surveillance, etc.). Nous pensons donc qu'un être moral nouveau prend naissance, en cas de conversion de société en commandite simple en société en commandite par actions ou inversement².

305. 4^o Par contre, il y a persistance de la société ancienne, au cas où une société anonyme ou en commandite par actions déjà constituée stipulerait la variabilité de son capital, conformément au titre III de la loi du 24 juillet 1867³. Il s'agit là d'une simple modalité. — Mais on pourrait hésiter à donner la même solution, si une société civile, une société en nom collectif, ou une société en commandite simple adoptait après sa constitution la clause de variabilité du capital dans les termes de l'article 48 de la loi du 24 juillet 1867. Cette clause ne porte-t-elle pas trop fortement atteinte à *l'intuitus personae* (droit de retraite de tout associé⁴ ; — continuation de la société malgré la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés : art. 54, l. 24 juillet 1867) pour ne pas détruire la société de personnes originaire ? Cet argument ne toucherait d'ailleurs pas les sociétés de personnes, dont les statuts autoriseraient la cession des parts sans l'agrément des co-associés du cédant et stipuleraient la continuation de la société malgré la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture d'un associé.

1. Cass. Civ. 9 août 1865 (sol. impl.), S. 1865, I, 424, D. P. 1865, I, 311 ; Trib. Seine 8 avril 1864, *Rép. Pér. de Garnier*, art. 1928 ; Trib. Péronne 20 août 1884, sous Cass. 1^o avril 1887, S. 1889, I, 33 ; Sol. Régie 12 juin 1863, S. 1863, II, 184 ; AUGER, *Rev. Soc.*, p. 260.

2. WAHL, *J. Soc.* 1910, p. 98 ; LACOUR, *J. Soc.* 1913, pp. 156 et 159.

3. AUGER, *Rev. Soc.* 1925, p. 260.

4. Les statuts, s'ils peuvent subordonner l'exercice de ce droit de retraite à certaines conditions, ne pourraient le supprimer, ce droit étant de l'essence des sociétés à capital variable (Bordeaux 7 avril 1897, *J. Soc.* 1897, 508).

306. c) Il y a lieu d'ajouter que la transformation pourrait être annulée en vertu de l'article 1167 C. Civ., si elle avait pour but de frauder les créanciers : par exemple, les associés substituent à la société en nom collectif une société en commandite ou anonyme afin d'échapper à leur responsabilité indéfinie¹. L'annulation de la transformation fera revivre la société primitive. A plus forte raison, celle-ci ne cesserait pas d'exister, si la transformation était purement fictive, et faite pour éviter certaines éventualités fâcheuses².

307. d) L'application du principe, d'après lequel la transformation entraîne la création d'une société nouvelle, aux hypothèses non encore envisagées ne semble pas devoir soulever d'objections sérieuses. En conséquence, si les statuts ne prévoient pas la conversion, l'être social ancien disparaîtra et un être moral nouveau naîtra : en cas de conversion d'une société civile en société en nom collectif, en société en commandite simple, en société à responsabilité limitée, ou en société civile par actions³, et d'une société civile constituée postérieurement à la loi du 1^{er} août 1893 en société anonyme ou en commandite par actions ; — en cas de conversion d'une société en nom collectif en société en commandite simple par substitution d'un commanditaire à un associé en nom⁴, ou d'une société en commandite simple en société en nom collectif par substitution d'un associé en nom à un commanditaire ; — en cas de conversion d'une société en nom collectif en société en commandite par actions ou en société anonyme⁵, ou réciproquement, du moins s'il s'agit d'une société anonyme ou en commandite par actions antérieures à la loi du 22 novembre 1913 ; — en cas de conversion d'une société en commandite simple en société anonyme⁶, ou réciproque-

1. Trib. Com. Seine 25 août 1904, *J. Soc.* 1905, 454.

2. Lyon 19 juillet 1898, *S.* 1901, II, 257.

3. Cass. Civ. 4 février 1901, *S.* 1903, I, 49, note de M. WAHL. Il semble, d'après les faits relatés, qu'il s'agissait, en l'espèce, plutôt d'une société civile ordinaire transformée en société par actions que d'une société en nom collectif transformée en société anonyme, comme le prétendait le pourvoi.

4. Valenciennes 29 avril 1898, *J. Soc.* 1899, 52.

5. Cass. Civ. 4 février 1901, *S.* 1903, I, 49 ; Trib. Seine 4 décembre 1891, *Rev. Soc.* 1892, 415.

6. Trib. Bar-sur-Aube 5 juin 1896, *J. Soc.* 1897, 313.

ment, du moins s'il s'agit d'une société anonyme antérieure à la loi du 22 novembre 1913¹ ; — en cas de conversion d'une société à responsabilité limitée en une société autre qu'une société anonyme ; — en cas de conversion, même prévue par les statuts, de toute société douée de personnalité, même d'une société par actions postérieure au 22 novembre 1913, en société dénuée de personnalité (association en participation).

308. B. Du changement de forme nous rapprocherons le *changement de nationalité* de la société. Toute société est soumise à sa législation nationale. Or, la législation d'un Etat détermine librement les formes de sociétés qu'elle reconnaît. Il semble donc que c'est de sa législation nationale qu'une société tient la personnalité attachée à la forme, qu'elle revêt, et que tout changement de nationalité implique, par suite, un changement de personnalité². La loi du 22 novembre 1913 fournit un argument en ce sens ; elle interdit à l'assemblée extraordinaire de changer la nationalité d'une société par actions ; à cet effet l'unanimité des associés est nécessaire. C'est que la nationalité lui apparaît comme un élément tout à fait essentiel de la société.

Mais il ne faut pas s'attacher exclusivement à cette considération, car la détermination des éléments, dont la modification exige l'unanimité des actionnaires, et celle des éléments, qui composent l'individualité de la société, relèvent, comme nous l'avons dit, de deux ordres d'idées différents. Prétendre qu'une société tient sa personnalité de la loi et que la personnalité concédée par la loi d'un pays n'est pas la même que celle concédée par la loi d'un autre pays, c'est se rallier à la théorie d'après laquelle la personnalité morale est une création artificielle du législateur. Mais, dans les théories qui affirment la réalité de la personnalité morale, le rôle du législateur devient beaucoup moins important : il se borne à reconnaître une institution de fait. Dès lors, pour savoir si un changement de nationalité entraîne un changement de personnalité, il semble qu'il suffise d'examiner si la forme, que revêtira la société sous la législation nouvelle, sera ou

1. Trib. Seine 25 mai 1898, *J. Soc.* 1898, 509.

2. En ce sens : LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 199 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n° 980.

non essentiellement différente de celle qu'elle revêtait sous la législation ancienne. Dans le premier cas seulement il y aura substitution d'une société à une autre¹.

Il y aura lieu, d'ailleurs, d'établir auparavant l'existence du changement de nationalité de la société. Les théories à ce sujet sont divergentes. L'une fait dépendre la nationalité d'une société du territoire de l'Etat sur lequel est situé son siège social. Or, d'après l'opinion générale, le transfert du siège social n'est pas une modification qui entraîne la dissolution de la société et la création d'une société nouvelle. On pourrait être tenté, en se basant sur cette théorie, de dire que le transfert à l'étranger du siège d'une société, d'où résulte pour celle-ci un changement de nationalité, n'emporte jamais création d'une société nouvelle. Ce serait une conclusion trop hâtive. Il faut distinguer le transfert à l'étranger du siège social, qui opère un changement de nationalité, du transfert du siège social à l'intérieur d'un même pays ; car, le premier peut avoir pour effet de modifier profondément le régime auquel la société était antérieurement soumise, tandis que le second n'a jamais cet effet.

309. C. L'*objet* est un élément essentiel de toute société. Il est évident qu'une société doit nécessairement avoir un objet ; celui-ci doit être clairement indiqué au pacte social. Son importance est primordiale ; il est le centre vers lequel convergent tous les moyens (capital et industrie) mis en œuvre par la société. Aussi constitue-t-il la substance même de l'individualité de la société. Il ne saurait donc être changé, sans que cette individualité fût elle-même changée².

L'être moral, pour éviter sa mort, n'est cependant pas condamné à se cantonner strictement dans son objet primitif. Il peut y apporter certaines extensions comme aussi certaines restrictions³. La discrimination des changements substantiels de nature à opérer substitution d'une société à une autre et des simples extensions de l'objet statutaire est une question de fait, qui pourra présenter des difficultés.

1. AUGER, *Rev. Soc.* 1925, p. 264.

2. LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 145.

3. Cass. Civ. 20 décembre 1882, *J. Pal.* 1883, I, 490, D. P. 1883, I, 301 ; 27 juin 1900, D. P. 1901, I, 516 ; Req. 14 janvier 1885 et 23 février 1885, D. P. 1885, I, 403 ; 6 décembre 1904, D. P. 1904, I, 624, *J. Soc.* 1906, 205.

D'après la jurisprudence dominante, relative aux bases essentielles, pour rentrer dans les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire régis par l'article 31 ancien de la loi du 24 juillet 1867, l'extension doit présenter avec l'objet primitif un lien de connexité assez étroit pour qu'elle puisse être envisagée comme un simple développement organique de l'entreprise, inclus en puissance dans les statuts primitifs. Ainsi l'adjonction d'une branche nouvelle à l'objet originaire nécessite le consentement de tous les associés¹. La Cour de Cassation a jugé qu'une modification de cette nature emportait également création d'une société nouvelle². Il est vrai qu'en l'espèce l'extension de l'entreprise à des opérations non prévues par les statuts était accompagnée d'un changement de forme de la société. Mais l'arrêt paraît considérer la modification d'objet comme suffisante pour entraîner la création d'une personne morale nouvelle.

Cette interprétation restrictive est combattue par une fraction de la doctrine qui estime que seule la substitution d'un genre d'opérations à un genre d'opérations complètement différent excède la compétence de l'assemblée extraordinaire³. Seule aussi, d'après nous, elle devrait entraîner la création d'un être moral nouveau.

310. En tout cas, si les statuts prévoyaient que par une décision des associés la société pourrait se livrer à un genre d'opérations différent de celui qu'ils lui fixent comme objet originaire, la décision qui interviendrait en ce sens ne devrait pas être considérée comme emportant création d'une société nouvelle⁴. On peut dire, en effet, que l'être social était appelé dès l'origine à se livrer à toutes les opérations que lui assigneraient les associés conformément aux statuts. On lui a conféré, en le constituant, l'aptitude à les réaliser.

1. Cass. Civ. 26 novembre 1894, S. 1895, I, 33, D. P. 1895, I, 57 ; Besançon 29 juillet 1889, S. 1891, II, 107, D. P. 1890, II, 331 ; Bourges 6 avril 1892 S. 1893, II, 213, D. P. 1893, II, 347 ; Paris 29 décembre 1897, S. 1899, II, 111, D. P. 1898, II, 445.

2. Cass. Civ. 29 juillet 1890, S. 1891, I, 183, *J. Pal.* 1891, I, 418, D. P. 1891, I, 54.

3. THALLER, n° 693.

4. LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 149.

D'autre part, les modifications relatives à l'objet sont permises, même si elles ne sont pas autorisées par les statuts, pourvu toutefois qu'elles ne soient pas interdites par eux, à l'assemblée extraordinaire des sociétés par actions constituées depuis la loi du 22 novembre 1913. La plupart des auteurs en concluent que les changements d'objet décidés par l'assemblée extraordinaire de ces sociétés laissent subsister l'être moral primitif. Ils font remarquer en ce sens que la constitution d'une société nouvelle nécessite le consentement de tous les associés. La loi, d'ailleurs, en le mettant au pouvoir de l'assemblée extraordinaire, considère le changement d'objet comme étant de nature à modifier seulement la société et non à entraîner la substitution d'une société à une autre¹. Il faut convenir cependant qu'il sera difficile de reconnaître l'être moral primitif, lorsque l'objet de la société sera radicalement changé (maison de banque transformée en entreprise métallurgique, par exemple).

311. D. Si dans les sociétés de capitaux la personne des associés est indifférente, elle est, au contraire, prise en considération dans les sociétés de personnes. Constitue-t-elle, dans ces sociétés, un élément tellement essentiel que le changement d'un associé détruise l'être social et en crée un nouveau ?

312. L'affirmative est soutenue par certains auteurs² et a été sanctionnée par quelques décisions judiciaires³. L'article 1865, 5^o, C. Civ., rangeant la retraite d'un associé parmi les causes de dissolution des sociétés est invoqué à l'appui de cette opinion. Du moment qu'un associé se retire, la société se dissout, et, si une autre personne lui succède, un nouveau contrat se forme entre celle-ci et les associés restants, d'où résulte une société nouvelle. Il en est ainsi de toutes les sociétés de personnes : sociétés civiles, sociétés en nom collec-

1. HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n^o 1304 ; BOURCART, *Ann. de dr. comm.* 1914, p. 338 ; BOUVIER-BANGILLON, *Lois Nouvelles*, 1914, p. 158 ; BOSVIEUX, *J. des Not. et des Avoc.* 1914, pp. 96-97. *Contra* : WAHL, *J. Soc.* 1914, p. 52 ; cf. THALLER et PIC, III, n^o 1358.

2. WAHL, *Tr. du Rég. fisc. des soc.*, I, n^o 32 ; LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 193.

3. Trib. Lille 29 juin 1894 (motifs), *Rép. Pér. de Garnier*, art. 8457 ; Trib. Arras 22 juin 1898, *J. Enreg.*, t. XXVI, art. 25607.

tif¹, sociétés en commandite simple, même en ce qui concerne les commanditaires, sociétés en commandite par actions, du moins celles antérieures au 22 novembre 1913, en ce qui concerne les associés en nom². — A ce principe on apporte un tempérament et une limitation. Lorsque les statuts autorisent les associés à céder leurs droits à des tiers ou à se retirer, la société, au cas où l'un de ces événements se produit, n'est pas dissoute. Une telle clause montre que le maintien du personnel initial n'a pas été jugé indispensable au maintien de la société³. D'autre part, lorsqu'il s'agit non de la substitution d'un associé à un autre, mais de l'adjonction de nouveaux membres, la société primitive ne cesse pas d'exister. En ce cas, en effet, le personnel primitif subsiste intégralement ; aucun des éléments anciens ne disparaît ; il y a seulement accession d'éléments nouveaux et les garanties offertes aux tiers par le pacte social ne sont pas diminuées⁴.

343. La Chambre Civile en rejetant ces distinctions a admis, au contraire, la persistance de la société primitive, même au cas de substitution d'un associé en nom à un autre et bien que la cession n'ait pas été autorisée par les statuts⁵. « D'après l'article 1861 C. Civ., chaque associé, dit-elle, peut, avec le consentement de ses co-associés, associer à la société une tierce personne ; dès lors, la substitution, en qualité d'associés, d'une ou plusieurs personnes à un associé qui leur cède ses droits sociaux n'entraîne pas elle-même la dissolution de l'être moral qui constitue la société, lequel continue d'exister tant que la liquidation n'en est pas opérée ». On objecte, il est vrai, à l'argument tiré de l'article 1861 C. Civ., que cet article permet à chaque associé, avec le consentement

1. Trib. Arras 22 juin 1898 *précité*.

2. L'arrêt de Cass. Civ. 14 décembre 1869 (S. 1870, I, 165, *J. Pal.* 1870, I, 387, D. P. 1870, I, 179) cité en ce sens prend soin de dire pour décider la substitution d'une société à une autre que les modifications touchent non seulement aux personnes qui composent la société mais encore à d'autres points importants, et il invoque les termes mêmes des nouveaux statuts. On ne peut donc en déduire qu'il aurait adopté une semblable solution, s'il y avait eu seulement changement du gérant de la société en commandite par actions dont il s'agissait.

3. LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 198.

4. LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 196.

5. Cass. Civ. 16 décembre 1918, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1919, art. 19381 (texte) et art. 19375 (dissertation).

de ses co-associés, d'associer à la société une tierce personne, c'est-à-dire d'adjoindre cette dernière aux associés primitifs qui demeurent tous dans la société, et non de céder ses droits à une tierce personne en se retirant de la société¹. Mais il est peu vraisemblable que la loi ait voulu distinguer entre les cessions totales et les cessions partielles de parts d'intérêt. Les unes et les autres doivent être traitées sur le même pied : elles sont possibles avec le consentement de tous les co-associés du cédant. Que ceux-ci autorisent la cession totale ou partielle, c'est qu'ils pensent que l'introduction d'une personne nouvelle, qu'elle se substitue ou s'adjoigne au cédant, n'empêchera pas la société de poursuivre sa marche et de réaliser les espoirs qu'ils ont fondés en elle en la créant. — L'article 1865, 5^o, objecte-t-on d'autre part, classe la retraite d'un associé parmi les causes de dissolution². Mais l'article 1865, 5^o précisé par l'article 1869 n'a pas la portée générale qu'on veut lui attribuer. Ces deux dispositions déterminent les conditions dans lesquelles la volonté d'un seul des associés peut provoquer la dissolution de la société. Et ces conditions sont au nombre de trois. Il faut : 1^o qu'aucun terme n'ait été fixé à la société ; 2^o que la renonciation par l'associé soit de bonne foi ; 3^o qu'elle ne soit pas faite à contre-temps. Ces articles ne prévoient pas le cas tout différent où un associé se retire du consentement de ses co-associés, lequel cas peut se présenter dans les sociétés à durée limitée aussi bien que dans les sociétés à durée illimitée.

314. Cette thèse adoptée par l'arrêt précité de la Chambre Civile semble, à la vérité, avoir été repoussée par deux arrêts antérieurs de la même Chambre³. D'après le premier, un acte, par lequel les parties ont porté à 4 millions le capital, originellement fixé à 200.000 francs, d'une société en nom collectif formée entre elles et se sont réciproquement autorisées à céder tout ou partie de leurs parts sociales à leurs fils et neveux et à se faire remplacer ou représenter dans la société par eux ou par l'un d'eux, emporte création d'une société nouvelle. D'après le second, emporte également création

1. LACOUR, *J. Soc.* 1913, p. 196, note 2.

2. LACOUR, *loc. cit.*

3. Cass. Civ. 25 novembre 1901, S. 1903, I, 241 ; 2 août 1909, S. 1913, I, 45.

d'une société nouvelle un acte par lequel les héritiers d'un associé décédé ont cédé à l'un des associés survivants les droits qu'ils tenaient du défunt dans une société en nom collectif. — Mais il est à remarquer que, dans la première espèce, les cessions de parts avaient été réalisées postérieurement à l'acte les autorisant et que c'était cet acte qui, d'après la Cour Suprême, avait engendré la société nouvelle. Or, suivant les partisans mêmes de l'effet novatoire des changements opérés dans le personnel des sociétés de personnes, cet effet novatoire ne se produit pas, lorsque la cession a été autorisée par les statuts et l'on admet généralement, comme nous l'avons vu, que, sous ce rapport, une clause ajoutée aux statuts primitifs pour autoriser les associés à apporter à la société une modification non prévue à ces statuts a la même vertu que si elle avait été insérée dans le pacte initial, pourvu que la modification soit effectuée postérieurement. La Chambre Civile aurait donc été jusqu'à écarter ce tempérament ? Nous ne croyons pas qu'elle ait pris une position aussi intransigeante. Elle fonde sa décision sur ce que l'acte sus-énoncé avait entraîné la transformation complète du capital et du personnel. On ne peut déduire de ce motif qu'elle se fût contentée d'un simple changement d'associé pour décider qu'il y eût substitution d'une société à une autre. — Dans la seconde espèce, il apparaît, d'après les motifs du jugement attaqué¹, que la cession par les héritiers d'un associé décédé des droits sociaux, qu'ils tenaient de celui-ci, à l'un des associés survivants, était autorisée par les statuts ; dès lors, la comparution à l'acte de cession de l'associé survivant non cessionnaire ne se justifiait que par les conventions que les parties arrêtaient entre elles en raison du nouvel état de choses et qui par leur nature apportaient des modifications profondes à l'ancienne société, entraînant la dissolution de celle-ci et la création d'un être moral nouveau. — Nous pensons donc que les circonstances de fait expliquent la différence entre la solution des arrêts de la Chambre Civile des 25 novembre 1901 et 2 août 1909 et celle de son arrêt du 16 décembre 1918. En tout cas, s'il y a divergence de doctrine entre ces arrêts, nous préférons la doctrine suivie par le plus récent.

315. Le changement d'un associé, dans les sociétés de per-

1. Trib. Corbeil 17 décembre 1903, S. 1906, II, 149 et la note.

sonnes, même non prévu par les statuts, n'emportera donc pas, en principe, substitution d'une société à une autre. Cependant, si tous les associés ou la majeure partie d'entre eux cédaient simultanément leurs droits à des tiers, l'individualité de la société, qui, malgré tout, résulte, dans une large mesure, de l'alliance des individualités humaines qui lui donnent la vie, se trouverait de ce fait trop profondément altérée pour demeurer la même.

316. E. Telles sont les seules modifications qui entraînent dissolution de la société ancienne et création d'une société nouvelle. Toutes autres modifications (par exemple, changement de siège social, changement de dénomination dans les sociétés anonymes ou de raison sociale dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, prorogation, changements relatifs à l'organisation intérieure de la société, à son mode d'administration, à la forme des titres et à leur mode de transmission, à la répartition des bénéfices, etc.), laissent subsister l'être moral primitif¹.

317. *Fusion*. — La fusion ressemble à la transformation en ce qu'elle suppose la dissolution d'une société et le transfert de l'actif de cette société à une autre société ; elle en diffère en ce qu'elle ne suppose pas nécessairement la création d'une société nouvelle. Elle peut se réaliser, en effet, de deux manières différentes².

1^o Les sociétés fusionnantes se dissolvent et forment une société nouvelle à laquelle elles apportent leur patrimoine respectif. C'est la fusion proprement dite. On objecte, il est vrai, qu'il n'y a pas véritablement, en ce cas, dissolution des sociétés fusionnantes et création d'un être moral nouveau. La fusion est comparable, dit-on, à la réunion de deux rivières dont les eaux se confondent pour ne former dorénavant qu'un seul fleuve³. Ce n'est là qu'une image. On est bien d'accord pour reconnaître qu'après la fusion une seule société existe. Quel est l'être moral antérieur qui subsiste en elle ? Elle ne peut continuer la personnalité de l'une plutôt que

1. LACOUR, *J. Soc.* 1913, art. 2237, n^{os} 38, 39, 40, 41, 42, 45.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n^{os} 337 et s. ; THALLER et PIC, III, n^{os} 1448 et s. ; LACOUR, *J. Soc.* 1913, art. 2237, n^o 44 ; AUGER, *Fusion de sociétés*, *Rev. Soc.* 1925, p. 49 et s.

3. COPPER-ROYER, II, p. 576.

celle de l'autre des sociétés fusionnantes ; son unité, d'autre part, est incompatible avec le maintien de la personnalité de chacune de ces sociétés. On est donc obligé d'admettre que les sociétés fusionnantes ont disparu et qu'une société nouvelle s'est formée. Sans doute, une décision de l'assemblée extraordinaire suffira pour opérer la fusion et par conséquent pour constituer cette société nouvelle, lorsque les sociétés anciennes seront postérieures au 22 novembre 1913. On justifiera ce résultat exceptionnel en disant que tous les actionnaires y ont donné leur consentement virtuel en entrant dans de semblables sociétés.

2^o Une société se dissout et apporte tout son actif à une seule société déjà existante, en laquelle elle s'absorbe. Pour cette dernière il y a seulement augmentation de capital. En ce cas, à la différence du précédent, une seule société disparaît et aucune société nouvelle n'est créée. Il s'agit d'une annexion plutôt que d'une fusion.

Dans ces deux cas (création d'une société nouvelle ou annexion), pour qu'il y ait fusion, il faudra qu'il soit attribué à l'ensemble des associés de chaque société fusionnante ou de la société absorbée des droits sociaux dans la société nouvelle ou absorbante proportionnels à la valeur de l'actif apporté à celle-ci, sans qu'il soit nécessaire que l'échange entre les titres anciens et les titres nouveaux s'effectue titre pour titre. Nous disons que les membres de la société dissoute doivent recevoir des droits sociaux de la société nouvelle ou absorbante ; des parts de fondateur ne seraient pas suffisantes. S'ils ne recevaient que des parts de fondateur, il y aurait vente avec dation en paiement. Si les parts de fondateur leur étaient attribuées en sus des actions, dont le montant nominal total serait égal à la valeur de l'apport de la société dissoute, il y aurait fusion. Si la valeur de cet apport n'était pas couverte par le montant nominal total des actions attribuées et que la différence fût rémunérée par des parts de fondateur, il y aurait une opération bâtarde tenant de la fusion sans en être une. Il y aurait vente pure et simple, si les droits des membres de la société dissoute consistaient en majeure partie en des parts de fondateur¹.

318. *De l'application des articles 1434 et 1435 aux cas précités.* — Voici les principales hypothèses dans lesquelles une

1. AUGER, *Rev. Soc.* 1925, p. 54.

société est substituée à une autre ou absorbée par une autre. Les membres de la société dissoute deviennent membres de la société nouvelle ou absorbante. Les droits acquis dans la société nouvelle ou absorbante sont-ils subrogés *de plano* aux droits possédés en propre dans la société dissoute par ceux des membres de cette société mariés sous le régime de la communauté d'acquêts ? Ou bien les formalités des articles 1434 et 1435 doivent-elles être observées, pour que la subrogation s'accomplisse ? Cette question se pose à peu près dans les mêmes termes, lorsque tous les associés ne concourent pas à la formation de la société nouvelle, mais que l'un ou plusieurs de ceux qui étaient mariés sous le régime de la communauté d'acquêts apportent à cette société leurs droits propres dans l'ancienne société non encore liquidée ni partagée. Pour y répondre, il y a lieu d'examiner comment s'opère dans le patrimoine des associés le remplacement des droits dans la société ancienne par les droits dans la société nouvelle.

319. La transmission du patrimoine de la société dissoute à la société nouvelle apparaissant comme une transmission à titre universel, du moins en cas de transformation ou de fusion¹, on pourrait soutenir qu'à l'instar de l'héritier qui continue la personne du défunt, la société nouvelle continue la personne de la société ancienne, et que, de même que ne sont pas novées les créances qui par suite de succession héréditaire s'exercent contre l'héritier au lieu de s'exercer contre le défunt, de même ne sont pas novées les créances, et en particulier celles des associés, qui par suite de succession d'une société à une autre s'exercent contre la société nouvelle au lieu de s'exercer contre la société ancienne. La question de subrogation réelle ne se pose même pas alors. Mais à supposer que la fiction de la continuation de la personne du défunt par l'héritier puisse être étendue au cas de substitution d'une société à une autre, elle ne saurait empêcher la novation des droits des associés ; car, si cette fiction est applicable aux droits de créance pour lesquels la personne du débiteur est indifférente, elle ne l'est pas à ceux qui, comme les droits sociaux, reposent au contraire essentiellement sur la personne du débiteur. D'ailleurs, si les droits de l'associé ne sont pas novés par changement de débiteur, ils le sont par change-

1. WAHL, *Précis*, n° 1176.

ment d'objet. L'objet des droits des associés dans la société dissoute est définitivement fixé dans sa consistance au jour de la dissolution de la société. Or, ce n'est pas des droits ainsi déterminés que la société dissoute devient débitrice vis-à-vis des associés. A l'inverse, elle en reçoit l'émolument et l'objet de sa dette dépend de faits postérieurs, qui lui sont personnels, de telle sorte que les associés peuvent ne rien toucher des gains réalisés par l'ancienne société ou toucher des bénéfices bien supérieurs. Dans ces conditions, il est impossible de dire que les droits dans la société nouvelle sont identiques aux droits dans la société ancienne. Au surplus, l'opinion contraire étant fondée sur le caractère universel de la transmission ne s'applique pas au cas où certains associés seulement apportent leurs droits dans la société dissoute à la société nouvelle et où celle-ci ne reçoit ainsi qu'une partie de l'actif de celle-là.

320. Mais, objectera-t-on, ce ne sont pas ses droits dans telle société déterminée qu'il faut considérer comme propres à l'époux ; ce sont ses droits dans l'établissement exploité par cette société. Qu'une société soit substituée à une autre pour son exploitation, peu importe, c'est toujours le même établissement qui se continue et la part, que l'époux conserve dans cet établissement sous le règne de la société nouvelle, n'ayant pas au fond changé d'objet doit lui demeurer propre¹. — Même si cette interprétation paraît conforme à la volonté de l'époux, nous ne pensons pas qu'elle puisse être acceptée. Lorsqu'un établissement est exploité en société, il appartient à la société, personne morale, et les associés n'ont de droits que contre l'être social. Si l'établissement est transmis à une autre société formée entre les mêmes associés, il devient la propriété de cette dernière, et les associés acquièrent des droits contre elle à la place de ceux qu'ils possédaient contre l'ancienne société. On ne pourrait parler de droits des associés sur l'établissement exploité par la société qu'en niant la personnalité morale réelle ou fictive de cette société. Dès lors qu'on admet cette personnalité, on est obligé de ne reconnaître aux associés de droits que contre la société.

321. Dira-t-on alors qu'il y a échange des droits dans la société ancienne contre les droits dans la société nouvelle.

1. Argument employé en réponse au premier moyen du pourvoi admis par Cass. Civ. 20 août 1872, S. 1873, I, 5.

Mais quels sont les échangistes ? Ce sont d'une part les associés qui cèdent leurs droits dans la société ancienne à la société nouvelle, et c'est d'autre part la société nouvelle qui cède aux associés des droits sociaux nouveaux. Nous avons déjà contesté qu'un échangiste pût céder un droit de créance contre lui-même à son co-échangiste.

322. En réalité, chaque associé apporte à la société nouvelle ses droits dans la société ancienne et reçoit en retour une part dans la société nouvelle, c'est-à-dire un droit de créance contre elle, et l'apport est une opération *sui generis* distincte de l'échange. Il importe de préciser la nature des droits apportés. Sont-ce des droits indivis sur l'actif de la société dissoute ? Sont-ce des droits de créance contre ladite société survivant à sa dissolution ?

323. D'après l'opinion qui semble la plus accréditée en doctrine¹, ce sont des droits indivis dans les biens de la société dissoute. Par l'effet de la dissolution les biens sociaux deviennent la propriété indivise des associés, ne fût-ce qu'un instant de raison, avant de passer dans le patrimoine de la société nouvelle. La personne morale de la société ancienne ne survit pas à sa dissolution, parce qu'il n'y a pas liquidation et que la survie repose sur la liquidation. — Si nous admettons cette opinion, en appliquant les principes que nous avons posés précédemment, nous aboutirons, semble-t-il, aux solutions suivantes au point de vue de la subrogation réelle en matière de propres de communauté. Les droits indivis de l'époux associé, qui possédait en propre sa part dans la société ancienne, tomberont dans la communauté, sauf récompense en tant qu'ils porteront sur du numéraire et en général des choses consommables par le premier usage ou destinées à être vendues ; ils resteront propres, en tant qu'ils porteront sur des corps certains. En conséquence, les droits que cet époux acquerra dans la société nouvelle seront propres ou communs, en l'absence de toute formalité, suivant que les droits indivis qu'il apportera porteront sur des corps certains ou sur des choses consommables par le premier usage ou destinées à être vendues. Pour qu'ils deviennent propres, même en tant que les droits indivis apportés porteront sur des

1. WAHL, note S. 1903, I, 49 sous Cass. Civ. 4 février 1901, et *J. Soc.* 1910, art. 1922, n° 17, p. 109 ; LACOUR, *J. Soc.* 1913, art. 2215, p. 116 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n° 981.

choses consommables par le premier usage ou destinées à être vendues, il faudra que l'époux fasse dans l'acte constitutif de la société nouvelle la double déclaration prescrite par l'article 1434. — Nous pensons, cependant, que, bien que l'on considère comme des droits indivis les droits propres de l'époux dans une société dissoute et non liquidée, par lui apportés dans une société nouvelle, les droits qu'il acquerra dans la société nouvelle seront subrogés *de plano* à ses droits propres dans la société ancienne, sans qu'il lui soit besoin d'accomplir les formalités du remploi, la masse indivise composant le patrimoine de la société dissoute comprit-elle des biens consommables par le premier usage. Cette masse forme, en effet, une universalité, dont les divers éléments, fongibles comme non fongibles, ne se sont pas mêlés aux biens personnels des associés. Les droits de l'époux dans cette universalité constituent une valeur ayant une individualité nettement déterminée ; notamment sa part dans le numéraire de la société dissoute ne s'est pas confondue, pendant le temps qu'a duré l'indivision, avec le numéraire de la communauté ; elle a passé directement de la caisse de l'ancienne société dans la caisse de la nouvelle. Dès lors les prescriptions de l'article 1434 n'ont pas leur raison d'être en la circonstance ; elles doivent être écartées.

324. Mais nous ne croyons pas qu'en cas de fusion ou de transformation, les biens de la société dissoute deviennent la propriété indivise des associés, même pendant un instant de raison. La solution contraire présente de graves inconvénients : les hypothèques générales, auxquelles sont soumis les associés, viennent grever les biens de la société dissoute avant leur transfert dans la société nouvelle ; si parmi les associés se trouvent des mineurs, les immeubles de la société dissoute ne peuvent être apportés à la société nouvelle qu'en vertu d'une délibération du Conseil de famille homologuée par le Tribunal, tandis qu'avant la loi du 27 février 1880 ces formalités n'auraient pas été nécessaires, s'il s'était agi d'un apport de simples droits incorporels. Sur ces deux points la Cour de Cassation a statué en sens contraire¹. Elle déclare,

1. Sur le 1^{er} point : Cass. Req. 22 février 1898, D. P. 1899, I, 593 (conversion d'une société civile en société en nom collectif) ; sur le 2^e point : Cass. Req. 15 novembre 1887 et le rapport de M. le Conseiller George LEMAIRE, *J. Pal.* 1888, I, 1025, D. P. 1888, I, 193 (conversion d'une société en nom collectif en société en commandite par actions).

dans deux hypothèses de substitution d'une société à une autre par transformation, que les biens de la société ancienne ont passé directement dans la société nouvelle¹, qu'ils n'ont jamais appartenu ni privativement ni par indivis aux associés. Cette décision doit être approuvée. De ce que la société dissoute n'est ni liquidée ni partagée, il ne faut pas conclure que sa personnalité ne subsiste pas. Elle subsiste, dès lors qu'il existe un patrimoine social susceptible d'être liquidé et partagé, et elle subsiste, comme nous l'avons soutenu, vis-à-vis des associés et de leurs ayants-cause personnels aussi bien que vis-à-vis des tiers ayants-cause de la société. Peu importe que la liquidation et le partage du patrimoine social soient remplacés par sa transmission à une autre société. On ne contestera pas que par la cession en bloc de l'actif d'une société dissoute à la charge d'en payer le passif et moyennant une somme d'argent les biens compris dans cet actif soient transférés directement de la société dissoute au cessionnaire (société ou particulier), libres de toutes charges et hypothèques les grevant du chef des associés. Nous ne voyons pas de raison de traiter différemment de cette cession l'apport ayant le même objet, d'autant que cet apport étant fait, par hypothèse, à la charge d'acquitter le passif (puisqu'il n'y a pas liquidation) prend partiellement le caractère d'une vente, le montant du passif représentant le prix. Mais la société qui reçoit à titre d'apport tout l'actif d'une société dissoute n'apparaît-elle pas aussi comme le successeur universel de cette dernière² ? Elle n'est pas alors l'ayant-cause des associés. D'autre part, s'il s'agit notamment d'une fusion, les sociétés fusionnantes ou absorbées peuvent procéder elles-mêmes à la liquidation et n'apporter à la société nouvelle ou absorbante que leur actif net. En ce cas, l'argument tiré de l'absence de liquidation pour nier la survivance de la société à sa dissolution ne saurait être invoqué. Ainsi donc la société ancienne ne meurt qu'après avoir transmis elle-même, sans intermédiaire, tous ses biens à la société nouvelle ou absorbante. Les associés apportent leurs droits de créance contre la société ancienne à la société nouvelle ou absorbante, et celle-ci les exerce directement à leur lieu et

1. Conf. rapport de M. le Conseiller George LEMAIRE sous Req. 15 novembre 1887 *précité*.

2. En ce sens : WAHL, *Précis*, n° 1176.

place. Mais ces droits de créance constituaient des propres parfaits pour ceux des associés, qui mariés sous le régime de la communauté d'acquêts les avaient conservés en propre. Les droits acquis dans la société nouvelle contre l'apport de droits propres possédés dans la société ancienne sont donc subrogés *de plano* à ces derniers.

325. Ce raisonnement cependant est critiqué. Quoique les biens de la société dissoute, dit-on, ne soient pas devenus la propriété indivise des associés avant d'être apportés à la société nouvelle et n'aient pu, par conséquent, entrer dans leur communauté conjugale, les droits acquis dans la société nouvelle n'en doivent pas moins entrer dans la communauté de leur titulaire, lorsque les formalités du remploi n'ont pas été remplies. « La communauté profite des contrats à titre onéreux (et la constitution d'une société en est un) non point parce qu'elle fournit les valeurs engagées dans ces contrats, mais parce que toute spéculation, tout déploiement d'activité des époux durant la communauté doit être pour le compte de la communauté ». Par exemple, « un propre a été vendu ; le prix est encore dû. Un immeuble est acheté durant la communauté, et le prix en est payé par la délégation au vendeur de la créance du prix dû par l'acheteur du propre. Rien n'est entré dans la caisse commune ; rien n'en est sorti. Néanmoins l'acquisition profite à la communauté sauf récompense¹ ». Les hypothèses, que nous étudions, ne sont-elles pas tout à fait comparables à celle-ci ? Un époux possède en propre des droits dans une société dissoute. « Les droits dans cette société se liquident, s'estiment en argent ; ils sont considérés non pas dans l'individualité de leur objet, mais uniquement dans leur valeur abstraite »² ; si de tels droits sont apportés dans une société nouvelle, c'est en réalité une somme d'argent qui lui est apportée. Mais cette somme d'argent, au lieu d'être versée directement par l'apporteur est payée par délégation à la société nouvelle de la créance de l'apporteur sur la société dissoute. Les droits ainsi acquis dans la société nouvelle doivent donc entrer dans la communauté en l'absence de la double déclaration prescrite par l'article 1434, comme l'immeuble acheté au cours de la communauté et dont le prix

1. LABBÉ, note S. 1873, I, 5, sous Cass. Civ. 20 août 1872.

2. LABBÉ, note précitée.

est payé par délégation au vendeur d'une créance propre à l'époux acheteur.

A ce raisonnement nous ferons trois objections. 1^o Le principe, d'après lequel les contrats à titre onéreux réalisés pendant la communauté profitent à cette dernière, reçoit exception, lorsque les biens acquis par l'époux, partie au contrat, l'ont été au moyen de valeurs à lui propres, de telle sorte que la subrogation réelle a pu se produire entre le bien propre aliéné et le bien acquis en remplacement ; 2^o Pour que la subrogation réelle se produise, il est entendu que, si le propre qui a servi à acquérir le bien nouveau est une somme d'argent ou un autre propre imparfait, les formalités des articles 1434 et 1435 doivent être remplies. Il s'agit donc de savoir si, en l'espèce, l'apport à la société nouvelle a consisté en une somme d'argent. Cela est contestable. Sans doute, les droits dans une société dissoute s'estiment en argent, mais il peut être attribué à leurs titulaires des biens en nature, et il y a lieu de se demander si ces biens ne leur deviendront pas propres aux lieu et place des droits qu'ils représentent. Nous examinerons cette question plus loin (*infra*, titre III). Nous remarquerons seulement ici que les droits d'un époux dans une communauté dissoute ou d'un héritier dans une succession s'estiment également en argent ; l'époux ou l'héritier sont pourtant généralement allotis en biens en nature, et, en ce qui concerne l'héritier marié sous le régime de la communauté d'acquêts, nous avons montré que les valeurs mises dans son lot doivent lui rester propres. Si l'associé avait reçu en représentation de ses droits dans la société dissoute des corps certains qui lui fussent restés propres et qu'il les ait apportés ensuite à la société nouvelle, la part, qu'il aurait ainsi acquise dans cette société, lui serait devenue propre *de plano* conformément aux principes que nous avons posés. Il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas de même, lorsque les corps certains sont passés directement du patrimoine de la société ancienne dans celui de la société nouvelle ; 3^o Enfin, à supposer que les droits dans la société dissoute se ramènent à une créance de somme d'argent, l'apport en société d'une créance propre n'est pas assimilable à la délégation d'une créance propre en paiement du prix d'un immeuble. Dans ce dernier cas, il y a achat, et l'achat tombe incontestablement sous le coup de l'article 1434. L'apport ne saurait être regardé comme le paie-

ment du prix d'achat d'une part sociale. Un prix d'achat consiste toujours en une somme d'argent et la délégation n'est qu'un mode de paiement. C'est pourquoi les formalités de l'article 1434 sont toujours exigées, lorsqu'il s'agit d'un achat. Un apport peut consister soit en une chose fongible, soit en une chose déterminée dans son individualité. Suivant cette distinction, les formalités de l'article 1434 seront ou non nécessaires, pour que la part sociale acquise contre un apport de propre soit propre. Les droits dans une société dissoute apportés dans une société nouvelle constituent une valeur déterminée dans son individualité ; ils forment l'objet même de l'apport et ne servent pas simplement de mode de paiement. Les formalités de l'article 1434 sont donc inutiles pour rendre propre la part sociale acquise en échange, s'ils sont propres.

326. La Cour de Cassation paraît cependant s'être prononcée en sens contraire¹. Dans l'espèce, sur laquelle elle a statué, le mari s'était réservé propres au contrat de mariage contenant adoption du régime de la communauté d'acquêts ses droits dans une société en nom collectif existant alors. Peu de temps après le mariage cette société s'était dissoute et le mari avait formé avec un seul des deux autres associés une nouvelle société en nom collectif, ayant le même objet, dans laquelle il avait apporté ses droits dans l'ancienne société. La part, qu'il avait ainsi acquise dans la société nouvelle, lui était-elle devenue propre au lieu et place de sa part dans la société ancienne ? Non, répond la Chambre Civile :

« Si, argue-t-elle, des déclarations de l'acte constitutif de cette société nouvelle il résulte que les deniers propres de Riottot (le mari) ont été employés à former l'apport de 360.000 francs par lui fait à ladite société, il n'apparaît d'aucune des dispositions des actes que Riottot ait entendu faire cet apport à titre de remploi ; à défaut d'une indication manifestant, sinon en termes exprès au moins d'une manière non équivoque, la volonté de faire un remploi, la seule déclaration de l'origine des deniers était insuffisante pour que les droits acquis par le défendeur dans la société nouvelle lui sortissent en nature de propres. »

La Cour Suprême considère que le mari avait apporté des deniers propres à la société nouvelle. Sa décision est donc

1. Cass. Civ. 20 août 1872, S. 1873, I, 5.

conforme au principe que nous avons posé, d'après lequel la double déclaration prescrite par l'article 1434 est nécessaire pour que l'apport en société d'un propre imparfait puisse servir à opérer un remploi. Elle ne contredit pas cet autre principe admis par nous, à savoir que l'efficacité du remploi n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités édictées par l'article 1434, lorsque le bien apporté est un propre parfait. Mais il s'agissait précisément de savoir si, en l'espèce, on était en présence d'un véritable apport en deniers.

On pouvait invoquer, pour l'affirmative, tant les termes du contrat de mariage que ceux de l'acte constitutif de la société nouvelle. Au contrat de mariage, le mari avait déclaré apporter et se réserver propres : « ...5^o ses droits dans la société en nom collectif Riottot, Chardon et Paron, dont le siège social était à Paris, et formée pour l'exploitation d'une fabrique de papiers peints, pour dix années, du 1^{er} juillet 1863 au 1^{er} juillet 1873 ; 6^o 240.000 francs montant de sa mise sociale produisant intérêts à 5 0/0 ; et 7^o 218.000 francs montant de son compte courant dans cette société et produisant intérêts à 6 0/0 ». Sa mise sociale et son compte courant représentaient tous ses droits sociaux, ou du moins tous ceux qui avaient le caractère de capital, et comme l'une et l'autre consistaient en une somme d'argent, c'étaient deux sommes d'argent qu'il s'était réservées propres ; elles devaient alors tomber en communauté sauf récompense ou remploi régulier. D'autre part, dans l'acte constitutif de la société nouvelle, il était dit que le capital social fixé à 400.000 francs était fourni par Riottot pour 360.000 francs et par Paron pour 40.000 francs et il était ajouté que ces sommes seraient représentées par leurs droits dans la maison (la société dissoute) selon l'inventaire qui allait être établi au 1^{er} juillet 1863. C'était donc un apport en deniers qui était effectué à la société nouvelle. Le fait qu'il était réalisé au moyen des droits, que les apporteurs possédaient dans la société dissoute, n'en changeait pas la nature, puisque ces droits consistaient eux-mêmes en des sommes d'argent. A supposer, d'ailleurs, que l'actif de la société dissoute comprît, outre des espèces, des biens en nature, dont la part revenant aux apporteurs était passée à la société nouvelle, cette circonstance devait être négligée ; car, il apparaissait que les apporteurs avaient considéré ces biens dans leur valeur monétaire et non dans leur individualité.

Néanmoins, l'interprétation contraire pouvait être soutenue avec non moins de force, selon nous. Le mari avait déclaré apporter et se réserver propres ses droits dans la société en nom collectif Riottot, Chardon et Paron. C'était un bien dont l'individualité était déterminée. Que le montant de la mise sociale et du compte courant du mari fit ensuite l'objet de mentions spéciales, ces indications n'avaient pas pour but ni pour effet de transformer ces droits sociaux en simples sommes d'argent mais d'en préciser la valeur. D'autre part, c'étaient ces droits eux-mêmes nettement spécifiés qui avaient été apportés en définitive à la société nouvelle. Ce résultat voulu par les parties était seul à envisager. Peu importait qu'elles aient fixé d'abord par des sommes le capital social et la part contributive de chacune d'elles ; le capital social est une valeur abstraite, les apports au contraire sont des valeurs concrètes. Il y avait, en réalité, apport à la société nouvelle d'un propre parfait ; dès lors, les droits acquis dans cette société étaient subrogés *de plano* à ce propre.

Quoiqu'il en soit, étant donné les circonstances de la cause, cet arrêt de la Chambre Civile ne porte, selon nous, qu'une solution d'espèce. Il ne faut pas en déduire que, d'après la Cour Suprême, au cas où un époux apporte les droits, qu'il possédait en propre dans une société dissoute mais non liquidée, à une autre société, notamment par suite de transformation ou de fusion, les prescriptions des articles 1434 et 1435 doivent être, en principe, observées, pour que les droits sociaux nouveaux qu'il acquiert lui deviennent propres. Nous ne pensons donc pas aller à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de Cassation en adoptant le principe contraire. Nous admettrions toutefois que, dans des cas d'espèce comme celui sur lequel a statué l'arrêt de la Chambre Civile précité, les juges, par interprétation des faits et actes de la cause, regardent comme un apport en deniers l'apport de droits dans une société dissoute et exigent, par suite, pour l'efficacité du emploi, l'accomplissement des formalités des articles 1434 et 1435. Mais une telle interprétation aura un caractère exceptionnel ; elle devra s'appuyer sur des indices spéciaux et certains, et, à la vérité, dans l'espèce que nous avons relatée, nous aurions penché, avec la Cour de Paris et à l'encontre de la Chambre Civile, en faveur de la subrogation *de plano* des droits dans la société nouvelle aux droits dans la société dissoute.

327. Lorsque, en rémunération de l'apport de l'actif d'une société dissoute à une société nouvelle ou déjà existante, les membres de la société dissoute reçoivent, au lieu de parts sociales, des parts de fondateur de la société bénéficiaire de cet apport, nous avons dit qu'il n'y avait pas fusion. La question se pose néanmoins de savoir si les parts de fondateur seront subrogées *de plano* aux droits, qui appartenaient en propre dans la société dissoute aux attributaires de ces parts, mariés sous le régime de la communauté d'acquêts. Nous répondrons affirmativement, comme s'il s'agissait de parts sociales. Les raisons de décider sont les mêmes. Il y a remplacement direct d'une valeur spécifiquement déterminée par une autre valeur spécifiquement déterminée dans le patrimoine de l'époux. Certes, on analyse l'opération en une vente, mais le prix n'a jamais eu d'existence réelle ; il a été nové immédiatement en une obligation portant sur les parts de fondateur, choses individualisées. De même, si l'apport était rémunéré partie en parts sociales, partie en espèces, il y aurait apport mixte, et les parts sociales ainsi données deviendraient, selon nous, propres de plein droit aux associés, dont les parts dans la société dissoute étaient propres ; quant à la somme d'argent qu'ils recevraient en outre, elle tomberait dans la communauté sauf récompense.

328. Nous ferons observer, enfin, que les droits sociaux nouveaux ne seraient pas souvent subrogés aux droits anciens propres, en cas de fusion ou de transformation, si les prescriptions des articles 1434 et 1435 devaient être respectées ; car les intéressés penseront rarement à faire insérer, dans l'acte de fusion ou dans celui portant les modifications d'où résultera substitution d'une société à une autre, la double déclaration prévue par cet article. Et pourtant, l'intention de l'époux est sans nul doute de conserver propres les droits, qu'il acquiert dans la société nouvelle ou absorbante, aux lieu et place des droits, qu'il avait dans la société dissoute. Cette subrogation, en s'effectuant de plein droit, ne lèse aucun intérêt légitime. Le lien entre les deux valeurs est certain. La communauté ne perd rien, puisque les droits nouveaux ont été acquis à l'aide de droits qui ne dépendaient pas d'elle. — Toutefois, dans les hypothèses ci-dessus indiquées où sont opérées une fusion ou des modifications de nature à entraîner la dissolution de la société ancienne et la création

d'une société nouvelle, ce serait une mesure de prudence, de la part des associés mariés sous le régime de la communauté d'acquêts dont les droits dans la société ancienne seraient propres, de faire mentionner dans l'acte stipulant la fusion ou les modifications la double déclaration prescrite par l'article 1434, pour que la nature propre de leurs droits sociaux nouveaux soit indiscutable.

§ IV. *Conversion de parts de fondateur en actions.*

329. Avant la loi du 23 janvier 1929, la validité de la conversion, même réalisée en vertu d'une clause expresse des statuts, de parts de fondateurs en actions était discutée¹. Ladite loi, après avoir donné pouvoir, dans son article 7, à l'assemblée générale des porteurs de parts de fondateur de consentir à cette conversion, ajoute dans son article 8 :

« La conversion des parts en actions ne peut avoir lieu « que par l'affectation de réserves sociales d'un montant « correspondant à l'augmentation de capital qui résulte de « cette opération.

« Cette conversion ne peut être décidée que deux ans « après la création des parts. Les actions attribuées en représentation ne sont pas assujetties à la prohibition de négociation édictée par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867². »

Si un époux possédait des parts de fondateur propres et que ces parts soient régulièrement converties en actions pendant la communauté, les actions qu'il obtiendrait ainsi lui deviendraient-elles propres de plein droit aux lieu et place de ses parts de fondateur ? Pour la négative on pourrait faire valoir que l'opération s'analyse en un rachat par la société des parts de fondateur au moyen de ses réserves, suivi d'une souscription par les porteurs de parts aux actions nouvelles émises par la société, qui seraient libérées par compensation avec la créance des porteurs contre la société pour le prix de rachat de leurs parts. Or, ce prix, s'il eût été effectivement

1. V. DALLOZ, *Rép. prat.* V^o Société, n^o 2020.

2. Sur les difficultés de réalisation de cette conversion que ladite loi ne résout pas (incompatibilité entre conversion obligatoire et nécessité de la souscription intégrale des actions), v. PRIOT, *Le nouveau régime des parts de fondateur*, Rec. gén. des lois, décrets et arrêtés 1929, I, 121 et s., n^o 40.

payé, serait tombé dans la communauté de l'époux porteur sauf récompense. Les actions attribuées à cet époux doivent donc être réputées acquises au moyen de deniers communs et entrer dans la communauté sauf récompense, à moins que les formalités du remploi n'aient été remplies. — Nous pensons, cependant, que ces actions deviennent propres, sans qu'il soit nécessaire d'observer les prescriptions de l'article 1434. Pour que la subrogation réelle s'accomplisse de plein droit en matière de propres de communauté, il faut et il suffit qu'un bien nettement individualisé succède immédiatement à un propre parfait. Tel est bien le cas. La conversion, si elle peut être décomposée par l'analyse, forme dans la réalité une opération unique. La créance du prix de rachat n'a qu'une existence purement abstraite ; elle n'est jamais possédée réellement par l'époux porteur ; elle est éteinte aussitôt créée. La communauté n'a pu compter sur elle. La réserve spéciale qui a servi à réaliser la conversion n'est pas un instant sortie de la caisse de la société. Il y a eu simple changement de nature des droits de l'époux porteur, changement qui s'est produit sans l'intermédiaire d'aucune valeur commune. Le lien entre les droits anciens et les droits nouveaux de l'époux est incontestable. Ceux-ci prennent donc *de plano* la nature de propres de ceux-là.

§ V. *Cas où la part sociale a été acquise à l'aide de biens propres et de biens communs*

330. Dans toutes les hypothèses ci-dessus examinées où nous avons admis la subrogation réelle, nous avons supposé que la part sociale acquise en remplacement d'un bien propre aliéné était d'une valeur égale à celle de ce dernier, mais elle peut être d'une valeur supérieure ou inférieure. Si elle est d'une valeur inférieure, le règlement de la situation ne souffre pas difficulté. En cas d'échange, la perte sera pour le patrimoine propre, la communauté n'ayant rien gagné à l'opération ; si toutefois une soulte avait été stipulée au profit de l'époux, la communauté qui l'aurait encaissée en devrait récompense à celui-ci. En cas d'emploi ou de remploi de deniers propres, la communauté devra récompense du montant des deniers non employés. Si, au contraire, la part sociale acquise est d'une valeur supérieure à celle du bien propre aliéné, et que cet excédent de valeur ait été obtenu à l'aide de la dation de biens ou de deniers communs sans récompense,

ajoutée à celle du bien propre, plusieurs solutions sont concevables, entre lesquelles il faut choisir. Examinons successivement le cas d'échange, le cas d'emploi et de remploi, et le cas d'apport.

331. *Echange*. — Pour l'échange, l'article 1407 dispose que l'immeuble acquis en échange d'un propre n'entre point en communauté, « sauf la récompense, s'il y a soulte ». Tout le monde est d'accord pour appliquer cette règle, si la soulte est de peu d'importance. Mais, si elle est considérable, cette règle doit-elle être encore appliquée ? Trois opinions ont été formulées.

1^o Le bien reçu en échange d'un propre est propre en totalité, quelque considérable que soit la soulte. L'époux est seulement débiteur de cette soulte envers la communauté qui l'a payée. L'article 1407 ne distingue pas¹. — Cette opinion a un danger. Elle donne aux époux les moyens d'augmenter à volonté leur patrimoine propre. Sans doute, la communauté doit-elle être indemnisée des sommes prises sur elle pour payer les soultes, qui ont servi à réaliser cet accroissement ; mais elle est de ce chef seulement créancière de l'époux et exposée, par suite, à l'insolvabilité de celui-ci.

2^o Lorsque la soulte est supérieure à la valeur du bien propre cédé, il n'y a pas en réalité échange, mais vente avec dation d'un bien propre en paiement de la plus faible partie du prix. En conséquence, le bien acquis est un conquêt, sauf récompense par la communauté de la valeur du bien propre aliéné. Si, au contraire, la soulte est inférieure à la valeur de ce bien, il y a échange et l'article 1407 s'applique. Si, enfin, le bien cédé et la somme payée à titre de soulte ont exactement la même valeur, il faut prendre le contrat *ut sonat* et dire que le bien acquis sera propre pour le tout, sauf récompense à la communauté². — Ce système esquivé le danger, que présente le précédent ; mais il repose sur la maxime : *major pars trahit ad se minorem*, qui n'est écrite nulle part et ne peut avoir force légale.

3^o Lorsque la soulte est à peu près égale à la valeur du propre donné en échange et, à plus forte raison, si elle la

1. TOULLIER, XII, n° 149 ; GLANDAZ, *Encyclopédie du Droit*, V^o Communauté, n° 113 ; LAURENT, XXI, n° 357 ; HUC, IX, n° 116 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et Surville*, I, n° 373.

2. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 466.

dépasse, il y a un contrat mixte, à la fois vente et échange, qui doit être régi par l'article 1401 dans la mesure où il est vente et par l'article 1407 dans la mesure où il est échange. Le bien reçu en contre-échange ne devient donc propre que jusqu'à concurrence de la valeur du propre originaire et est conquis pour le surplus. Mais, si la soulte est tellement supérieure à la valeur du bien propre donné en échange, qu'elle forme l'objet principal des engagements contractés par l'époux envers le co-échangiste, il y a en réalité vente, la cession du propre ayant alors le caractère d'une dation en paiement d'une partie du prix. Par suite, le bien reçu en échange est conquis pour la totalité, sauf récompense par la communauté de la valeur du propre aliéné. — Ce système, qui peut être considéré comme traditionnel¹, est suivi par la majorité des auteurs². La jurisprudence hésitante paraît s'orienter vers lui³. Il concilie le mieux les intérêts respectifs des époux et de la communauté. On lui reproche de créer une indivision entre l'un des époux et la communauté. Nous ne croyons pas que cette sorte d'indivision présente de réels inconvénients, ni qu'elle soit de nature à engendrer de bien grosses difficultés.

332. Nous déciderons donc qu'au cas où la part sociale acquise par un époux en échange d'un bien propre, étant d'une valeur supérieure à celle de ce propre, une soulte serait mise à la charge dudit époux, si cette soulte était inférieure à la valeur du bien propre donné en échange, la part sociale deviendrait propre en totalité. Si cette soulte était égale ou supérieure à la valeur du propre cédé, la part sociale ne deviendrait propre que jusqu'à concurrence de la valeur de ce propre, et serait commune pour le surplus. Si, enfin, cette soulte était tellement importante qu'elle formât l'objet principal des engagements contractés par l'époux envers le co-échangiste, la part sociale serait commune pour le tout, sauf récompense au profit de l'époux de la valeur du propre aliéné.

1. POTHIER, *Tr. de la Communauté*, n° 197.

2. TROPLONG, *Cont. de Mar.*, I, n° 637 ; RODIÈRE et PONT, I, n°s 649 et s. ; MARCADÉ, V, art. 1407, n° 1 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 62 ; PLANIOL, III, n° 946.

3. Nancy 3 mars 1869, S. 1869, II, 257, D. P. 1869, II, 85 ; cf. Cass. 9 août 1870, D. P. 1871, I, 156. *Contra* : Angers 25 mai 1859, S. 1859, II, 614.

333. *Emploi et remploi.* — Lorsque le prix du bien acquis en emploi ou en remploi est supérieur au montant des deniers à employer ou à remployer et que la communauté a fourni la différence, pour déterminer la nature du bien nouveau, trois systèmes se trouvent également en présence, à peu près analogues à ceux proposés en matière d'échange avec soulte.

1^o Le bien acquis en remploi est propre pour le tout, quelque considérable que soit l'excédent de sa valeur sur celle des deniers à remployer. L'époux bénéficiaire doit seulement la récompense à la communauté du montant de cet excédent¹. — Cette solution a le même inconvénient que celle qui fait un propre du bien reçu en échange d'un propre, quelque considérable que soit la soulte stipulée à la charge de l'époux : elle permet aux époux d'accroître leur patrimoine propre aux dépens de la communauté, dont l'efficacité du recours contre l'époux est aléatoire. De plus, cette opinion ne peut s'autoriser d'une disposition semblable à la disposition finale de l'article 1407. Les articles 1434 et 1435 supposent que le bien nouveau a été acquis avec des deniers propres uniquement.

2^o Si l'excédent de valeur du bien nouveau est peu important, ce bien est propre pour le tout, sauf récompense. S'il est d'une certaine importance, mais que le caractère de l'emploi prédomine néanmoins dans l'acte, ce bien est encore propre pour le tout. Si, au contraire, la valeur à remployer était notablement inférieure au prix du bien acquis en remploi, il y aurait une tentative illégale pour constituer un propre à l'un des époux avec des deniers de la communauté ; l'opération devrait être considérée comme non avenue, et le bien nouveau serait un conquêt².

3^o Le système traditionnel, auquel nous arrivons, suivi par la majorité de la doctrine³, nous semble préférable.

1. DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, VI, n° 79 *bis*, XIX ; DE FOLLEVILLE, I, n° 233 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 89.

2. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 513 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 589.

3. POTHIER, *Tr. de la Communauté*, n° 198 ; TROPLONG, *Cont. de Mar.*, II, n° 1151 ; RODIÈRE et PONT, n° 684 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 86 ; LAURENT, XXI, n° 381 ; PLANIOL, III, n° 961 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 509.

Si l'excédent du prix du bien acquis en remploi sur le montant des deniers propres à remployer est peu considérable, ce bien est propre en totalité. Si cet excédent est important, le bien nouveau ne devient propre que jusqu'à concurrence de la valeur à remployer ; pour le surplus, il est commun. — Ce système évite à la communauté le risque d'être sacrifiée au patrimoine propre, sans frapper le remploi au delà de ce qui est nécessaire pour cela. On lui reproche, comme on reproche au système traditionnel en matière d'échange avec soulte, de créer une indivision entre l'un des époux et la communauté. Nous avons déjà dit que l'antipathie manifestée à l'encontre de cette sorte d'indivision ne nous paraissait pas justifiée.

En tout cas, s'il avait été convenu, dans l'acte d'acquisition, que le bien serait propre jusqu'à concurrence de la valeur du propre aliéné et commun pour le surplus, cette clause devrait être sans nul doute respectée¹.

De même, toute difficulté serait écartée, si l'époux avait stipulé que l'excédent servirait de remploi aux biens propres qu'il pourrait aliéner ultérieurement².

334. Ces deux dernières hypothèses mises à part, nous déciderons donc que, lorsque la part sociale acquise par achat en remploi d'un propre sera d'une valeur légèrement supérieure à celle de ce propre, elle deviendra propre en totalité, sauf récompense à la communauté qui aurait payé la différence. Si la valeur de la part sociale était notablement supérieure à celle du bien propre à remployer, ladite part sociale serait propre jusqu'à concurrence de la valeur de ce bien et commune pour le surplus³. La proportion entre les

1. Paris 9 août 1870, S. 1870, II, 289, D. P. 1872, II, 113 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 388.

2. Cass. Req. 23 novembre 1826, S. chr. ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *loc. cit.*

3. Sic Nancy 2 juillet 1898, *Gaz. Pal.* 1898, II, 457. Dans la cause, la valeur des actions achetées en remploi du prix d'obligations propres aliénées était notablement supérieure à ce prix. La différence n'avait pas été payée avec des deniers pris dans la caisse commune, mais au moyen des services rendus par l'époux acquéreur et de ceux qu'il s'obligeait à rendre à la société venderesse. Et comme la rémunération de ces services eût dû entrer en communauté, c'était bien une valeur commune qui était donnée en paiement d'une partie du prix de ces actions.

droits propres de l'époux et les droits de la communauté sur la part sociale sera définitivement fixée d'après son prix d'achat, en sorte que les augmentations ou diminutions de valeur de cette part sociale profiteront ou préjudicieront dans la même proportion à l'époux et à la communauté.

335. *Apport.* — Le sort de la part sociale acquise au moyen de l'apport en société de biens communs et de biens propres devra être réglé d'après des principes analogues à ceux que nous avons admis en cas d'échange avec soulte et de remploi.

336. Si l'apport consiste uniquement en espèces et que la somme apportée soit supérieure à celle à remployer, l'hypothèse est tout à fait semblable à celle où le prix de la part sociale excède le montant des deniers propres qui contribuent à son paiement. Elle comporte les mêmes solutions. La part sociale acquise au moyen de cet apport en espèces sera donc propre jusqu'à concurrence de la valeur des deniers propres apportés et commune pour le surplus, si la somme totale apportée est notablement supérieure à la somme propre qu'elle comprend. Si l'écart entre ces deux sommes est de peu d'importance, la part sociale sera propre en totalité.

337. Si l'apport consiste en un bien propre individualisé et en une somme d'argent prise sur la communauté, l'hypothèse est comparable à celle d'échange avec soulte : dans les deux cas, un bien individualisé (part sociale) est acquis au moyen d'un bien propre individualisé (donné en échange ou apporté) et d'une somme d'argent (payée à titre de soulte ou d'apport), et l'on est tenté d'appliquer les mêmes principes. Ils conduisent aux solutions suivantes : la part sociale est propre en totalité, si les deniers apportés sont inférieurs à la valeur du propre apporté ; elle est propre jusqu'à concurrence de la valeur de ce propre et commune pour le surplus, si les deniers apportés sont à peu près égaux à la valeur du propre apporté ou s'ils la dépassent ; elle est commune pour le tout, si la somme apportée est tellement supérieure au bien apporté qu'elle forme l'objet principal de l'apport.

Mais, en matière d'échange avec soulte, ce système concorde avec les variations de nature de l'opération suivant l'importance de la soulte : échange avec soulte proprement dit, contrat mixte d'échange et de vente, vente avec dation en paiement. L'apport, qu'il ait pour objet des corps certains ou des choses fongibles, ne change pas de nature. Aussi pré-

férons-nous appliquer à l'apport de biens propres individualisés et de deniers communs les principes un peu différents, que nous avons admis en matière de remploi, lorsque le bien acquis est d'une valeur supérieure à celle de la somme à remployer, car l'opération, qui sert à réaliser le remploi : l'achat, est, comme l'apport, d'une nature invariable.

Nous déciderons donc que la part sociale acquise au moyen de l'apport d'un bien propre individualisé et de deniers communs sera propre jusqu'à concurrence de la valeur du bien propre apporté et commune pour le surplus, à moins que l'apport en deniers ne fût de peu d'importance ; elle serait alors propre en totalité, sauf récompense.

338. L'hypothèse inverse pourrait se présenter : l'apport serait composé de deniers propres et de biens communs. Si les formalités prescrites par les articles 1434 et 1435 avaient été remplies, nous admettrions la même solution (part sociale propre jusqu'à concurrence de la valeur des deniers propres).

339. L'apport peut aussi consister en biens propres et en biens communs, les uns et les autres individualisés. Les formalités des articles 1434 et 1435 ne seront pas requises en ce cas. La part sociale acquise au moyen de cet apport sera à la fois propre et commune, proportionnellement à la valeur respective des biens propres et des biens communs apportés¹. Ici, plus certainement encore et plus strictement que pour l'apport de biens propres individualisés et de deniers communs, la disposition de faveur accordée à l'époux par l'article 1407 en cas d'échange avec soulte, devrait être écartée, et *a fortiori* l'opinion, d'après laquelle le bien acquis en remploi devient propre en totalité, même s'il est d'une valeur notablement supérieure à celle des deniers propres à remployer ; car, à la différence du paiement de la soulte ou de l'excédent de prix par la communauté, l'apport de biens communs ajouté à celui de biens propres ne peut être considéré comme une simple avance faite par la communauté à l'époux apporteur. La subrogation réelle doit s'opérer au profit de la communauté relativement à un bien commun individualisé aliéné, tout comme elle s'opère au profit d'un époux relativement à un bien propre individualisé aliéné².

1. Rouen 3 juin 1907, *Gaz. Pal.* 1907, II, 237, S. 1909, II, 177.

2. Cf. Nancy 3 mars 1869, S. 1869, II, 257, *J. Pal.* 1869, I, 1014, D. P. 1869, II, 85.

340. Nous rapprocherons, enfin, du cas d'apport en société de biens propres et de biens communs celui où les deux époux apporteraient en même temps à la société chacun des biens propres. Cette hypothèse suscite d'abord une question de validité. Les époux vont devenir ainsi associés dans la même société et l'on sait que, d'après la jurisprudence et la majorité de la doctrine, les sociétés formées entre époux seuls ou entre époux et des tiers sont nulles. Toutefois, cette nullité ne s'applique rigoureusement qu'aux sociétés de personnes ; elle ne frappe pas les sociétés anonymes et en commandite par actions, dans lesquelles deux époux sont actionnaires, si du moins ils ne sont ensemble ni fondateurs ni administrateurs¹. Ils peuvent donc souscrire l'un et l'autre à des actions de numéraire émises lors de la formation de la société ou lors d'une augmentation de capital et, s'ils les libèrent avec des deniers propres en remplissant les formalités des articles 1434 et 1435, ces actions leur deviendront propres respectivement. — Mais deux époux peuvent-ils faire ensemble des apports en nature de biens propres à une société anonyme ou en commandite par actions ? Ne va-t-il pas en résulter entre eux une divergence d'intérêts tombant sous les motifs de la prohibition des sociétés entre époux, chacun ayant avantage à majorer son apport ? Nous ne le croyons pas. Les apports en nature sont soumis à la vérification et à l'approbation d'assemblées générales, dans lesquelles les apporteurs n'ont pas voix délibérative². Nous pensons donc que les époux peuvent apporter l'un et l'autre à une même société anonyme ou en commandite par actions des biens propres et que les actions d'apport, qui leur seront délivrées respectivement, leur demeureront propres.

1. HÉMARD, *Th. et prat. des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, n° 82.

2. HÉMARD, *loc. cit.* V. cep. HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 70, d'après lesquels la femme non séparée de biens n'aurait pas une indépendance suffisante pour vérifier ni approuver l'apport de son mari.

TITRE II

**Application aux parts sociales des règles
concernant la composition de l'actif commun**

341. Nous venons de déterminer les différents cas dans lesquels les parts sociales sont propres sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Nous allons maintenant envisager les parts sociales au point de vue de la composition de l'actif de la communauté d'acquêts.

D'après l'article 1498 C. Civ., la communauté réduite aux acquêts se compose des fruits et revenus des propres, des produits de l'industrie des époux, et des biens acquis au moyen des économies faites sur ces revenus et produits.

La part sociale, nous l'avons déjà dit, donne droit : 1^o à une part des bénéfices réalisés au cours de la société ; 2^o à une part dans l'actif net existant à la dissolution de la société. Lorsqu'un époux, titulaire d'une part sociale propre sous le régime de la communauté d'acquêts, a fait un apport en argent ou en autres biens, sa part dans les bénéfices réalisés par la société pendant la communauté ne constitue-t-elle pas un revenu ? Lorsqu'il a fait un apport en industrie, ne constitue-t-elle pas un produit de son industrie ? Si oui, dans l'un et l'autre cas, elle va entrer dans la communauté. Nous allons examiner successivement ces deux points. Puis nous rechercherons quand les parts sociales tomberont intégralement dans la communauté d'acquêts.

CHAPITRE I

FRUITS DES PARTS SOCIALES PROPRES

SECTION I

Détermination

§ I. — *Dividendes ordinaires*

342. Les bénéfices des sociétés, en tant qu'ils proviennent d'un apport en argent ou en autres biens, sont-ils des fruits ? Les bénéfices sont constitués par l'excédent de l'actif sur le passif, le capital social étant compris dans le passif. Rigoureusement, il faudrait attendre la dissolution de la société pour établir s'il y a ou non des bénéfices et les partager, s'il y en avait, et, si la société après avoir prospéré était tombée en faillite, les associés devraient rapporter à la masse les bénéfices qu'ils auraient encaissés pendant la période de prospérité, à supposer qu'ils ne fussent pas tenus indéfiniment vis-à-vis des créanciers sociaux. Un arrêt ancien de la Cour de Paris l'avait jugé pour un commanditaire¹. Mais la Cour de Cassation s'était auparavant prononcée en sens contraire². Et la thèse de la Cour de Cassation depuis longtemps n'est plus discutée ni en doctrine ni en jurisprudence. Elle s'appuie sur d'impérieuses considérations pratiques. Les personnes, qui mettent des capitaux en société, désirent en tirer des ressources périodiques ; la plupart des pactes sociaux stipulent que les bénéfices seront répartis à la fin de chaque exercice social, dont la durée est généralement d'une année. Il s'agit là d'un usage si répandu qu'à défaut même de convention expresse on devrait admettre le droit pour la société de procéder à la répartition annuelle de ses bénéfices³. On ne saurait soumettre les associés à la répétition

1. Paris 11 février 1811, *J. Pal. chr.*

2. Cass. 14 février 1810, *J. Pal. chr.*

3. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 56.

des bénéfices réels par eux touchés antérieurement, lorsque la société viendrait à périliter. Autrement, peu de personnes accepteraient de mettre des capitaux dans les sociétés dénuées *d'intuitus personae*, qui jouent cependant un rôle si important dans l'économie moderne. D'ailleurs, l'article 10 al. 3 de la loi du 24 juillet 1867, applicable aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés anonymes, dispose qu'« aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ».

Toutefois, dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée, les bénéfices d'un exercice ne peuvent être distribués en totalité. En vertu de l'article 36 de la loi du 24 juillet 1867 et de l'article 33 de la loi du 7 mars 1925 il doit être fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve, jusqu'à ce que celui-ci ait atteint le dixième du capital social. Dans les sociétés de personnes et dans les sociétés en commandite par actions, la constitution d'un fonds de réserve n'est pas imposée par la loi, mais elle l'est, le plus souvent, par les statuts. Les statuts des sociétés anonymes mêmes prescrivent la mise en réserve d'une portion des bénéfices annuels supérieure à celle fixée par la loi.

Ordinairement donc, même dans les sociétés de personnes, les bénéfices réalisés au cours d'un exercice reçoivent deux affectations distinctes : une partie est distribuée aux associés, une autre partie reste dans la caisse sociale.

343. Il n'est pas douteux que les dividendes touchés périodiquement par les associés doivent être considérés comme des fruits, et qu'ils entrent dans la communauté d'acquêts. Certes, ils ne sont pas compris dans l'énumération des fruits donnée par le Code Civil (art. 583, 584) ; mais cette énumération est incomplète¹. D'après la définition courante, les fruits sont les produits qu'une chose peut fournir à des intervalles réguliers, sans altération ni diminution de sa substance². Les bénéfices périodiquement distribués rentrent dans cette définition.

1. ROSSI, *Rev. de législ. et de jurispr.*, t. XI, p. 9

2. PLANIOL, I, n° 2779 ; COLIN et CAPITANT, I (1^{re} éd.), p. 720.

§ II. — *Réserves*

344. En est-il de même des bénéfices mis en réserve ?

D'après une opinion, les bénéfices sont des fruits par essence. Ils peuvent être perçus en totalité ; leur substance productive, le capital social, reste intacte. Ils se renouvellent au cours de chaque exercice par les opérations, que ce capital sert à réaliser. Certes, il est loisible aux associés de convenir qu'une fraction en sera laissée dans la caisse sociale, mais cette convention n'enlève pas aux bénéfices mis en réserve leur caractère originaire : en l'exécutant, les associés font une avance à la société. On ne saurait leur reconnaître le pouvoir d'assigner à volonté le caractère de fruits ou le caractère de capital aux bénéfices. Le criterium de distinction du capital et des fruits dans les sociétés doit être objectif, comme l'est celui des fonds et des fruits naturels. Cela apparaît surtout, lorsque la jouissance et la nue-propriété d'une part sociale appartiennent à deux ayants-droit différents ; si l'on permet aux associés de réduire à leur guise les fruits de la part sociale, l'usufruitier va se trouver lésé à l'avantage du nu-propriétaire. Les réserves sont donc des fruits accumulés, sur lesquels les associés ont un droit acquis. Par suite, en cas de faillite de la société, ils peuvent concourir pour leur montant avec les créanciers sociaux ; d'autre part, les réserves reviennent au titulaire de la jouissance (usufruitier ou communauté). On fait une exception, toutefois, pour la réserve légale, que l'on considère comme un prolongement du capital social, et que l'on traite, en conséquence, comme ce capital¹.

Mais alors, si les réserves sont des fruits, elles se rangent parmi les fruits civils. Elles ne peuvent être ni des fruits naturels, ni des fruits industriels, et les fruits qui ne sont ni naturels ni industriels sont forcément civils². L'usufruitier et la communauté seront donc réputés acquérir jour par jour les

1. THALLER, *Amortissement et fonds de réserve*, Ann. de Dr. comm. 1895, p. 241 et s., not. p. 255 et s. ; Rod. ROUSSEAU, *Bull. de la Soc. d'Et. Législ.* 1918, p. 338 ; Paris 21 janvier 1871, sous Cass. Civ. 20 août 1872, S. 1873, I, 5 ; Trib. Civ. Compiègne 29 décembre 1897, sous Amiens 13 décembre 1898, *J. des aud. de la Cour d'Amiens*, 1898, p. 259 ; Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer 3 avril 1925, *Gaz. Pal.* 1925, II, 195, Cf. COPPER-ROYER, II, n° 353 bis.

2. LAURENT, VI, n° 400 ; VAVASSEUR, I, n° 520.

réserves qui seront formées pendant la durée de leur droit de jouissance (art. 586 C. Civ.) et celles-là seulement. Il y aura lieu de procéder à une ventilation sur l'ensemble des réserves constituées depuis le début de la société, afin de dégager la part revenant à l'usufruitier ou à la communauté. Il faudra, à cet effet, obtenir communication des livres de la société, se livrer à des recherches compliquées. Et si l'on veut arriver à un résultat exact, il faudra en outre s'efforcer de discerner les réserves occultes susceptibles d'exister. On voit combien la tâche sera ardue, si même elle ne présente pas des difficultés inextricables¹. — Si les actions sont cotées en bourse, n'y a-t-il pas cependant une méthode bien simple d'apprécier la part de réserves revenant au titulaire d'un droit de jouissance ? Les cours représentent la valeur estimative, au moment où ils sont établis, de la quote-part de l'actif social, comprenant capital et réserves, à laquelle donne droit chaque action. Il semble donc qu'il suffise de prendre le cours de l'action lors de la naissance du droit de jouissance et son cours lors de l'extinction de ce droit, ou, si l'action est vendue auparavant, lors de la vente. L'excédent du dernier cours sur le premier, s'il y en a, indiquera le montant des réserves formées dans l'intervalle, c'est-à-dire de celles acquises par le titulaire du droit de jouissance. Mais les cours ne traduisent pas toujours bien fidèlement la véritable situation de la société. Ils ne sont pas déterminés par la seule considération de l'importance des réserves ; ils obéissent à des influences diverses d'ordre psychologique : à la confiance en l'avenir de la société, la spéculation. En s'appuyant sur eux, on risque, contrairement au but que l'on poursuit, d'avantager d'une façon très appréciable l'une des parties au détriment de l'autre. — D'autre part, comment remplira-t-on l'usufruitier ou la communauté de sa part de réserves, en l'absence de toute distribution faite par la société au cours de l'usufruit ou de la communauté. On ne saurait différer l'exercice de leurs droits jusqu'à la dissolution de la société, si elle survient après la fin de l'usufruit ou de la communauté. Les émoluments d'un droit de jouissance doivent être perçus pendant sa durée. L'usufruitier ou la communauté seront-ils admis à réclamer à la société leur part de réserves ? Mais celle-ci va être détournée de son affectation et la société pourra

1. LABBÉ, note S. 1878, I, 5 ; BOSVIEUX, *J. Soc.* 1907, p. 189.

en éprouver un préjudice. Sera-ce alors le nu-propriétaire ou l'époux associé, qui devra verser à l'usufruitier ou à la communauté une somme correspondant à sa part de réserves ?

345. Toutes ces difficultés, certes, sont écartées si, avec un auteur¹, on attribue à l'usufruitier ou à la communauté tout ce qui provient d'une distribution de réserves effectuée par la société au cours de l'usufruit ou de la communauté, quand même les réserves distribuées auraient été formées en partie avant le commencement de l'usufruit ou de la communauté, et si, par contre, on refuse à l'usufruitier ou la communauté tout droit aux réserves, qui n'auraient pas été distribuées au cours de l'usufruit ou de la communauté. — Mais on ne peut admettre ces solutions qu'en considérant les réserves et plus généralement les bénéfices comme des fruits naturels ou industriels ; la définition étroite de ces sortes de fruits donnée par le Code Civil (art. 583) ne le permet pas.

346. D'après une autre opinion, tout en reconnaissant aux bénéfices le caractère de fruits par essence, on dit qu'ils peuvent être transformés en capitaux. Les capitaux, fait-on observer, sont constitués à l'aide de bénéfices épargnés, c'est-à-dire soustraits à la consommation. La sage loi de l'épargne s'impose aux sociétés comme aux particuliers. Et l'on attribue à la loi, aux statuts ou à l'assemblée générale le pouvoir de capitaliser une portion des fruits que représentent les bénéfices. Cette portion appartient dès lors au nu-propriétaire à l'encontre de l'usufruitier ou de la communauté, qui profite d'ailleurs du surcroît de bénéfices que ce capital nouveau va produire².

Que les sociétés aient le droit de convertir une partie de leurs bénéfices en capitaux, que la prudence le leur commande, cela n'est pas discutable. Mais que cette conversion soit opposable à l'usufruitier ou à la communauté, c'est plus douteux. Et si elle lui est opposable, ne l'est-elle pas seulement en ce sens qu'elle empêche, en raison de l'intérêt social, l'usufruitier ou la communauté de retirer de la société sa part des bénéfices régulièrement réservés. Il n'est pas néces-

1. COPPER-ROYER, II, n° 553 bis, p. 135 d.

2. VAVASSEUR, I, n° 521 ; BUCHÈRE, *Tr. th. et prat. des val. mob.*, n° 248 ; LAURENT, VI, n° 402 ; cf. TROTABAS, note D. P. 1923, III, 9, sous Cons. d'Et. 15 février 1923.

saire pour cela qu'elle lui fasse perdre son droit sur cette part de bénéfices. Peu importe à la société de capitaliser pour le compte de l'usufruitier ou du nu-propriétaire. Il faut donc rechercher, d'après les principes qui régissent l'usufruit ou la communauté, qui doit profiter de la capitalisation. C'est l'usufruitier ou la communauté, puisqu'avant d'être capitaux, ces bénéfices ont été fruits et ont été acquis en conséquence *ab initio* par lui ou elle. L'usufruitier ou la communauté peuvent capitaliser les fruits qu'ils perçoivent ; la société peut les capitaliser pour eux.

347. Si les bénéfices sont des fruits par essence, il ne semble donc pas que l'on puisse valablement enlever à l'usufruitier ou à la communauté son droit sur les réserves, et éviter les difficultés qui en résultent. Mais les bénéfices sont-ils bien des fruits par essence ? Nous ne le pensons pas.

Dans la rigueur des principes, avons-nous dit, les bénéfices ne peuvent apparaître et être partagés qu'à la dissolution de la société. Dès lors, ils manquent d'un caractère essentiel pour être fruits : la périodicité. Sans doute, l'usage s'est répandu de diviser la durée de la société en exercices, à la fin de chacun desquels on dresse le bilan et on procède à la répartition des bénéfices existants. Si donc les bénéfices ainsi périodiquement distribués peuvent être considérés comme des fruits, on voit que ce n'est pas en raison de leur nature propre, mais de la convention (expresse ou tacite) des associés, qui a établi ces distributions périodiques. — Le caractère artificiel des bénéfices résulte, au surplus, de leur définition même. Tout ce qui dans l'actif net excède le capital social est bénéfice. Or, le capital social est une valeur abstraite. Comment pourrait-il produire des fruits ? Certes, au début de la société, il y a, en principe, concordance entre le montant du capital social et le montant des apports. Mais tandis que le capital social reste fixe, la valeur des biens, en lesquels consistent les apports, est soumise aux fluctuations économiques. La plus-value, qu'ils sont susceptibles de prendre, constitue un bénéfice¹. Pareil bénéfice est-il par

1. WAHL, *Précis*, n° 924 et note S. 1901, I, 537. Cependant, certains auteurs et certains arrêts se refusent à voir dans cette plus-value un bénéfice, ou du moins un bénéfice distribuable ; HOUPIIN et BOSVIEUX, II, n°s 1384 et 1389 ; Paris 16 avril 1870, S. 1871, II, 169 ; Riom 27 avril 1898 sous Cass. 21 juillet 1898, S. 1901, I, 537.

nature un fruit ? Par contre les apports peuvent subir une dépréciation sans que leur substance soit diminuée ; néanmoins le produit net des opérations sociales, s'il n'excède pas cette dépréciation, ne constitue pas un bénéfice. — D'ailleurs, lorsque le bénéfice provient, non d'une plus-value des apports, mais d'opérations commerciales, il n'apparaît pas davantage comme un fruit par nature. Prenons les opérations commerciales par excellence : l'achat et la vente. Des capitaux sont employés en l'achat de marchandises. Ces marchandises sont revendues pour un prix supérieur au prix d'achat. La différence représente le bénéfice : c'est une parcelle de capital, ce n'est pas un fruit. — On voit tout ce que cette notion de bénéfice a de conventionnel. Les fruits par nature se distinguent matériellement du fonds qui les produit. Rien de tel pour les bénéfices ; ils sont purement abstraits ; ils ressortent d'opérations souvent compliquées de comptabilité. Dès lors, s'ils sont des fruits, ce sont des fruits artificiels. Ils ne deviennent tels qu'en vertu de la combinaison établie par les associés en vue d'obtenir leur production renouvelée.

348. L'homme, en effet, participe, d'une manière plus ou moins importante, à la genèse d'un grand nombre de fruits, sinon de tous. Il suffit d'examiner les différentes variétés de fruits indiquées par le Code Civil pour s'en convaincre. Déjà l'on voit l'homme collaborer avec la nature à la production des fruits industriels. Quant aux fruits civils (intérêts des sommes d'argent, loyers des maisons, etc...), ils sont une pure création de l'homme. Il est évident que les intérêts ni le loyer ne proviennent ni physiquement ni physiologiquement de la somme d'argent prêtée ni de la maison louée. Ils sont le résultat d'une convention. Cependant, on les regarde comme des fruits, parce qu'ils constituent des avantages périodiques obtenus sans diminution de la substance du bien, qui est censé les produire. Il existe même des produits, que le législateur range parmi les fruits, bien que la substance, d'où ils sont tirés, diminue au fur et à mesure de leur perception. Tels sont : les arbres de haute futaie mis en coupes réglées (art. 591 C. Civ.) ; les produits des mines et carrières mises en exploitation (art. 598 C. Civ.) ; les arrérages des rentes viagères (art. 588 C. Civ.). A la vérité, ces divers produits constituent des parcelles de capital. C'est la volonté de l'homme consacrée par la loi, qui les transforme en fruits, en en réglant le détachement du fonds.

En reconnaissant un pouvoir si important à la volonté humaine dans la détermination des fruits, le législateur n'a fait que sanctionner le développement pris par la notion de fruits dans l'usage. Par suite de l'essor industriel la terre productrice naturelle des fruits a perdu la place prépondérante qu'elle a occupée longtemps dans la richesse publique. Mais les capitaux employés dans l'industrie et plus généralement dans toutes les branches de la production autres que la production agricole ne sont pas naturellement générateurs de fruits. Cependant le besoin de tirer d'eux des ressources périodiques, à l'image des fruits naturels, s'est imposé et s'impose à l'homme. Pour cela il lui faut utiliser les capitaux dont il dispose de manière à obtenir grâce à eux un surcroît de richesse ; il lui faut aussi veiller à ce qu'ils demeurent intacts, de manière à ce qu'ils puissent lui procurer de nouveaux enrichissements. Il est vrai que, dans certains cas que nous avons vus, l'homme s'écarte de cette règle. Il se constitue des fruits en émiettant progressivement la substance jusqu'à épuisement, et le législateur consacre ce procédé. La conservation de la substance n'en reste pas moins le principe. Il sera même bon d'accroître la substance, parce que pour durer il faut progresser. Quoiqu'il en soit, ce qu'il faut retenir, lorsqu'il s'agit de capitaux non générateurs de fruits par eux-mêmes, c'est que les fruits sont obtenus au moyen de l'aménagement auquel l'homme soumet les ressources qu'il tire de ces capitaux.

Pour élucider complètement la notion de fruits, il reste à considérer leur destination. Celle-ci n'est-elle pas toujours identique, de telle sorte qu'elle puisse leur servir de critérium ? Les fruits, dit-on souvent, sont affectés à la consommation. Cette affirmation n'est pas exacte, ou du moins elle est trop absolue. Ce qui est vrai, c'est que les fruits peuvent, en principe, être consommés en totalité sans que leur renouvellement soit compromis. Mais ils ne doivent pas l'être nécessairement ; ils peuvent être épargnés, placés, capitalisés ; cet emploi n'efface pas leur caractère originaire. Cela ne fait aucun doute pour les loyers, intérêts, prix de vente de fruits naturels ou industriels ; cela n'en doit pas faire davantage pour les autres espèces de fruits. Le fait de la consommation ne saurait donc servir à caractériser les fruits. Tout ce que l'on peut dire, c'est que les fruits sont des biens détachés périodiquement du fonds producteur, entièrement dispo-

nibles entre les mains de celui qui les perçoit. Le fait important pour leur détermination, c'est le détachement périodique du fonds. Ce détachement s'opère tantôt naturellement, tantôt suivant des règles ou des usages institués par l'homme.

Cette notion générale des fruits, qui nous est donnée par l'économie domestique, doit être reçue en droit positif¹. La preuve nous en est fournie par les applications que le législateur fait de cette notion².

349. Les fruits des sociétés rentrent donc dans la classe des fruits par la volonté de l'homme. Ils sont obtenus à l'aide de l'aménagement établi par les associés ; il nous faut, pour les déterminer, examiner cet aménagement. Considérons l'actif de la société à la fin du premier exercice. Supposons que les apports originaires fussent tous en nature et qu'ils existent encore, le surplus de l'actif est composé du produit des opérations réalisées au cours de l'exercice. Le produit net de ces opérations ne saurait être regardé d'emblée comme un fruit, pas plus que comme un bénéfice ; car, si tous les bénéfices ne constituent pas des fruits, il ne peut y avoir, du moins en règle générale (Cf. dividendes intercalaires, dividendes fictifs non sujets à restitution), de fruits sans bénéfices. Les biens matériels qui représentent les apports s'usent, se détériorent peu à peu, il est nécessaire de réparer les pertes qu'ils subissent, de procéder à des amortissements. A cet effet, on prélèvera une partie du produit net. Le capital primitif ainsi reconstitué, tout l'excédent d'actif est, par définition, bénéfice ; il est, en principe, susceptible d'être distribué. Mais, avant de le distraire définitivement du fonds

1. Du moins en droit privé. En droit fiscal, la notion de revenu est profondément différente. Elle présente, à la différence de celle que nous venons d'exposer, un caractère purement objectif. Cf. Ch.-A. COLIN, *La notion de revenu en matière de législation fiscale*, thèse Paris 1924 ; CROIZAT, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, thèse Lyon 1926, not. p. 271 ; TROTABAS, note D. P. 1923, III, 9 ; GÉNY, note S. 1927, III, 41.

2. Cf. sur la notion de fruits par la volonté de l'homme : LABBÉ, note S. 1878, I, 5 ; René MINARD, *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris 1901, n^{os} 54-55 ; Ch.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 22 et s. ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 3 et s.

social, il est prudent de songer à l'avenir. Une crise est toujours à redouter, qui obligera à entamer le capital social. Avant que celui-ci soit réformé (ce à quoi sera employé le produit des exercices ultérieurs), et que de nouveaux bénéfices apparaissent, un temps plus ou moins long s'écoulera. Il se pourra même que la société ne parvienne pas à surmonter la crise. Des moyens s'offrent bien à elle de se procurer les ressources dont elle a besoin : il y a l'emprunt, l'augmentation de capital ; mais dans l'état précaire où elle se trouve, ces opérations ont peu de chance de réussite. Si, au contraire, on a pris soin de mettre en réserve une partie des bénéfices antérieurs, c'est à eux que l'on aura recours ; ils seront peut-être suffisants pour permettre de passer la crise sans porter atteinte au capital social et même de distribuer des dividendes. En tout cas, la reprise des distributions de dividendes sera beaucoup plus rapide. — Les réserves ne servent pas qu'à réparer les pertes éventuelles. Elles peuvent être employées à régulariser les dividendes. Il n'est pas besoin de démontrer l'avantage qu'il y a pour les associés à recevoir un revenu stable. Il est rare que le rendement des divers exercices soit égal, même approximativement. On mettra en réserve une partie des bénéfices dans les bonnes années, que l'on emploiera à parfaire le dividende dans les années pauvres. — Enfin, les réserves pourront avoir pour objet non seulement d'assurer à la société et aux associés une situation toujours équivalente, mais encore de permettre la réalisation de certaines améliorations, de certaines extensions. Une entreprise doit tendre à progresser. Le perfectionnement des instruments de production, la concurrence l'y incitent.

350. Ces diverses destinations des réserves nous montrent qu'elles font partie des éléments affectés au fonctionnement de la société, c'est-à-dire des éléments producteurs ; elles en font même partie, lorsqu'elles ont pour but de régulariser les dividendes, jusqu'à ce qu'elles soient réparties entre les associés ; elles sont donc des capitaux et non des fruits. Les bénéfices, avons-nous dit, ne sont pas des fruits par essence. ils ne deviennent tels que par la volonté des associés ; il est certain qu'en faisant deux parts des bénéfices, en s'attribuant l'une et en laissant l'autre dans le fonds social, les associés n'ont voulu imprimer le caractère de fruits qu'aux bénéfices distribués et classer les réserves parmi les capitaux.

Les réserves sont, par conséquent, des capitaux directement constitués en vertu de l'économie de la société et non des fruits transformés en capitaux. Cette conception prévaut dans la doctrine¹. Quant à la jurisprudence, la plupart des décisions judiciaires se bornent à décider que les réserves accroissent au capital sans spécifier si c'est en vertu d'une capitalisation directe ou d'une capitalisation de fruits².

351. La communauté se trouve-t-elle donc soumise à la toute puissance de la volonté des associés, en ce qui concerne la détermination des fruits des parts sociales propres ? Ne risque-t-elle pas d'être sacrifiée ainsi ? La même question se pose pour l'usufruitier. Le principe de solution a été formulé par M. Labbé dans les excellents termes que voici : « Dès qu'un élément de fortune devient l'objet de deux droits parallèles et rivaux de nue-propriété et d'usufruit, la volonté de l'homme ne peut plus aussi largement servir à fixer le caractère de fruits, car la volonté du nu-propriétaire rencontrerait un obstacle dans la volonté sans doute opposée de l'usufruitier. Il faut donc chercher une règle et une mesure de la jouissance dans les faits antérieurs à la constitution de l'usufruit ou dans des faits actuels supérieurs à la volonté com-

1. MASSÉ et VERGÉ, sur ZACHARIAE, II, § 308, note 7 ; MASSÉ, *Dr. Comm.*, 3^e éd., II, n° 1406 ; PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 791 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1393 ; AMIAUD, *Comptes de réserves*, 1^{re} éd., p. 371 et s. ; LABBÉ, note S. 1878, I, 5 ; NAQUET, note S. 1911, I, 361 ; BARATIN, *De l'exercice par le nu-propriétaire ou l'usufruitier d'actions du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles contre espèces*, Rev. Soc. 1921, p. 61 et s. ; LENOAN, *De la condition des actions de société nominatives propres de la femme sous le régime de communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles*, Rev. tr. de dr. civ. 1922, p. 378-379 ; WAHL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. Soc. 1925, art. 3089, n° 9 ; GÉNY, note S. 1927, III, 41, § 2 ; MINARD, *th. précit.*, n° 63 ; Ch.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 159 et s. ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 135 et s.

2. V. cependant Grenoble 20 mars 1876, sous Req. 14 mars 1877, S. 1878, I, 5, qui déclarant que « les revenus sont transformés en capitaux par leur emploi à l'acquisition de propriétés nouvelles », paraît bien se rallier à la théorie de la capitalisation des fruits ; et Trib. Civ. Seine 1^{er} avril 1922, D. P. 1923, II, 45, qui déclare, au contraire, expressément que « les bénéfices d'une entreprise industrielle ou commerciale ne sont pas des fruits par essence ».

imune du nu-propiétaire et de l'usufruitier¹. » Cette règle est tout à fait rationnelle. Elle vaut aussi bien dans les rapports des époux et de la communauté que dans les rapports du nu-propiétaire et de l'usufruitier. Il y a lieu, par suite, de l'appliquer pour déterminer les cas dans lesquels l'émoulement du droit de jouissance de la communauté sur les parts sociales propres des époux ne comprend pas les réserves constituées pendant son cours.

352. Supposons d'abord que la société existe avant le droit de jouissance de la communauté sur la part sociale (qu'elle soit antérieure au mariage ou au titre d'acquisition de la part sociale par l'époux). Les statuts prescrivent le prélèvement chaque année d'une certaine proportion des bénéfices en vue de la formation d'un fonds de réserve ; cette réserve, si c'est une société anonyme ou à responsabilité limitée, s'ajoute à la réserve légale. Il n'est pas douteux que la communauté devra subir le prélèvement opéré sur les bénéfices réalisés pendant son cours en vertu de la loi ou des statuts, et qu'elle n'a aucun droit sur les réserves ainsi constituées. Elle doit naturellement s'incliner devant la loi, de même qu'elle doit se soumettre aux statuts. Elle n'a pas à craindre qu'ils aient été dirigés contre elle, puisqu'elle n'existait pas lors de leur rédaction. D'ailleurs, l'usufruitier doit jouir comme le propriétaire (art. 578 C. Civ.). Cette règle s'applique à la communauté usufruitière des biens propres².

1. LABBÉ, note S. 1878, I, 5.

2. LAURENT, VI, n° 402 ; HUC, IV, n° 181 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, n° 593 ; PLANIOL et RIPERT, III, avec la collab. de M. PICARD, n° 791, VIII, avec la collab. de M. NAST, n° 418 ; BUCHÈRE, *Tr. th. et prat. des val. mob.*, n° 439 ; VAVASSEUR, I, n° 521 ; AMIAUD, *Tr. form. gén. du Notar.*, III, V° *Partage*, nos 1117, 1119 ; LABBÉ, note S. 1878, I, 5 ; BINET, note D. P. 1910, I, 257-IV ; HOUPIN, *Rép. gén. prat. du Notar.* 1882, *Prat. Notar.*, p. 1 et s. ; BOSVIEUX, *J. Soc.* 1907, art. 1653, p. 183 et s. ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; LENOAN, *Rev. tr. de dr. civ.* 1922, p. 378-379 ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 9 ; MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1925, art. 20841 ; MOUCHET, *Des Valeurs mobilières au point de vue du régime de communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880, n° 49 ; MINARD, *th. précit.*, n° 63 ; BASSET, *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1924, p. 222 et s. ; Ch.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 160 et s. ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 148 ; Paris 27 avril 1827, S. 1827, II, 183, *J. Pal. chr.*, DALL., *Jur. Gén.* V° *Banque*, n° 109, note 1 ; Bordeaux 5 juillet 1870, S. 1871, II, 16, *J. Pal.* 1871, 90,

353. Si la société est formée pendant le mariage avec le concours d'un époux et que les droits acquis par celui-ci dans la société prennent la nature de propres, parce qu'il a fait l'apport d'un bien propre, la clause des statuts stipulant la constitution d'un fonds de réserve est-elle opposable à la communauté ? On a soutenu la négative. Pour s'imposer à la communauté il faut, a-t-on dit, que la convention créatrice du fonds de réserve soit antérieure à la naissance de son droit. Lorsque la société est formée pendant son cours et à l'aide de biens dont elle jouissait déjà, la communauté est en droit de compter sur la totalité des bénéfices obtenus par la mise en société de ces biens. Elle ne peut en être privée par une convention à laquelle elle n'a pas été représentée ; elle ne saurait, en effet, être réputée représentée par l'époux apporteur dont les intérêts sont en conflit avec les siens. Dès lors, il est dû récompense à la communauté pour le montant des bénéfices mis en réserve pendant sa durée, même en vertu de la loi¹. — Mais on ne peut dire que la communauté est en droit de compter sur la totalité des bénéfices réalisés pendant son cours qu'en considérant ceux-ci comme des fruits par essence, et lui accorder une indemnité pour la partie de ces bénéfices versés dans le fonds de réserve qu'en considérant les réserves comme des fruits capitalisés. Or, nous avons rejeté cette conception. Le rôle des réserves et leur nature ne varient pas, que la société soit formée avant ou durant la communauté. Leur constitution n'est d'ailleurs pas décidée par la seule volonté de l'époux. Le concours des autres associés au pacte qui la prescrit est une garantie pour la communauté. Nous refuserons donc tout droit à la communauté sur les réserves statutaires d'une société formée par un époux pendant son cours. Il n'y a pas à distinguer entre les sociétés

D. P. 1871, II, 174 ; Bruxelles 29 mai 1885, D. P. 1885, II, 276 ; Montpellier 19 octobre 1926, D. H. 1926, 557, *Gaz. Pal.* 1927, I, 90, *Gaz. Trib.* 1927, II, 129, *Rev. Soc.* 1927, 151 ; Trib. Civ. Lunéville 10 juin 1882 (motifs), *Rev. Not. et Enreg.* 1883, n° 6691 ; Trib. Civ. Liège 22 décembre 1903, *Pasicr.* 1904, III, 222, *Rev. Tr. de Dr. Cic.* 1905, p. 390 (sommaire) ; Trib. Civ. Seine 6 février 1906, *Pand. fr. pér.* 1906, II, 334 ; Trib. Civ. Bouches-du-Rhône (motifs) 26 juillet 1927, D. H. 1927, 565, *Gaz. Pal.* 1927, II, 851.

1. BASSET, *th. précit.*, p. 222 et s.

de capitaux et les sociétés de personnes¹. Dans les unes comme dans les autres, elles ont la même utilité et les statuts qui les instituent ont le même pouvoir de déterminer ce qui des bénéfices doit être distribué comme fruits et ce qui doit accroître au capital. La communauté ne pourrait réclamer d'indemnité que si le quantum des réserves dépassait manifestement ce qu'exigeait l'intérêt social et n'avait été ainsi majoré que pour frustrer la communauté².

354. En ce qui concerne les réserves formées en vertu d'une décision prise au cours de la société, appelées généralement réserves extraordinaires, il y a lieu, au contraire, de distinguer entre les sociétés de capitaux et les sociétés à responsabilité limitée d'une part, et les sociétés de personnes d'autre part.

355. Avant la loi du 22 novembre 1913, la jurisprudence avait fini par permettre à l'assemblée extraordinaire des sociétés anonymes de constituer des réserves spéciales non prévues par les statuts, pourvu que les actionnaires ayant tous les mêmes droits sur le fonds social soient appelés à en profiter dans d'égales proportions³. *A fortiori* ce pouvoir appartient-il à l'assemblée extraordinaire des sociétés par actions formées depuis la loi du 22 novembre 1913. Elle peut même créer des réserves générales permanentes⁴. Semblable pouvoir doit être reconnu à la collectivité des associés des sociétés à responsabilité limitée, délibérant aux conditions spéciales de majorité prévues par l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 pour les modifications statutaires⁵. Si la décision

1. Décisions excluant de la communauté les réserves statutaires des sociétés par intérêts : Bruxelles 29 mai 1885, D. P. 1885, II, 276 ; Trib. Civ. Seine 6 février 1906, *Pand. fr. pér.* 1906, I, 334 ; Montpellier 19 octobre 1926, D. H. 1926, 557.

2. Cf. toutes les autorités, sauf M. Basset, citées dans l'hypothèse où les statuts ordonnant les réserves sont antérieurs à la communauté. Ces autorités ne distinguent pas entre l'antériorité ou la postériorité des statuts à la communauté.

3. Cass. Req. 29 octobre 1902, S. 1905, I, 89 (note de M. WAHL), D. P. 1904, I, 49 ; 6 janvier 1903, S. 1905, I, 454 (note de M. WAHL), D. P. 1904, I, 145 (note de M. GUÉNÉE) ; Paris 13 juin 1900, S. 1903, II, 313. *Contra* : Lyon 6 mars 1888, *Rev. Soc.* 1889, 15 ; Trib. Seine 20 juillet 1899, *J. Soc.* 1899, 509.

4. THALLER et PIC, II, n° 1193 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1408.

5. LÉPARGNEUR, *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée*, n° 40.

de l'assemblée extraordinaire ou de la collectivité des associés, tendant à la création de réserves non prévues aux statuts, est antérieure à la communauté, il n'est pas douteux qu'elle lui soit opposable. Elle lui est également opposable, si elle est prise au cours du droit de jouissance de la communauté. L'assemblée extraordinaire est l'organe de la société ; elle exprime la volonté sociale ; la communauté doit s'incliner devant ses décisions, comme l'époux lui-même, pourvu toutefois qu'elles soient prises dans le seul intérêt social et sans fraude.

356. Quant à l'assemblée générale ordinaire, c'est elle qui fixe annuellement le dividende distribuable, s'il y a lieu. Elle est naturellement obligée de se conformer aux prescriptions de la loi et des statuts originaires ou modifiés, concernant la constitution des réserves. Mais ne peut-elle pas créer des réserves non prévues par les statuts ou par une décision de l'assemblée générale extraordinaire ? La même question se pose pour la collectivité des associés des sociétés à responsabilité limitée, délibérant aux conditions ordinaires de majorité fixées par l'article 27 de la loi du 7 mars 1925, et elle doit être résolue de la même manière¹. Ce point est controversé en doctrine et en jurisprudence. D'après certains auteurs, l'assemblée ordinaire ne pourrait créer que des réserves spéciales destinées à faire face aux pertes que la société est exposée à subir pour des causes antérieures à la clôture de l'inventaire, à parer à de véritables risques commerciaux et industriels existant lors de l'inventaire (par exemple mal-façons, recouvrements de créances). Mais il lui serait interdit de retenir une partie des bénéfices annuels soit pour l'affecter à l'acquisition d'immeubles ou de matériel, ou à l'extension des affaires sociales, soit pour constituer des provisions régularisatrices des cours, des réserves pour fluctuations du change, ou des réserves générales permanentes, des fonds de prévoyance, sans cause ni destination particulière². Cette délimitation des pouvoirs de l'assemblée générale ordinaire nous semble un peu étroite. Sans aller, comme on l'a fait³,

1. LÉPARGNEUR, *op. cit.*, n° 40.

2. HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1408.

3. THALLER, note D. P. 1893, I, 112.

jusqu'à reconnaître à l'assemblée générale une souveraineté presque absolue dans la répartition des bénéfices, nous pensons, avec d'autres auteurs¹, qu'il convient de l'autoriser à créer des réserves temporaires destinées à faire face à des dépenses nécessaires et exceptionnelles (par exemple renouvellement de matériel)², laissant à l'assemblée extraordinaire la faculté de constituer des réserves générales permanentes. — La communauté n'aura pas davantage droit aux réserves constituées pendant son cours par l'assemblée générale ordinaire dans la limite de ses pouvoirs, qu'à celles constituées par l'assemblée extraordinaire³.

357. Dans les sociétés de personnes, il n'existe pas d'assemblées générales ; du moins, les statuts n'en organisent pas

1. THALLER et PIC, II, n° 1193.

2. Cf. ARTHUYS, n° 585 et LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 901, permettant à l'assemblée générale de créer des réserves accidentelles et temporaires ; WAHL, *J. Soc.* 1900, p. 293, refusant à l'assemblée générale le droit de constituer aucune réserve, mais l'autorisant à consacrer une partie des « recettes annuelles » au développement des affaires sociales et aux acquisitions nécessaires à cet effet, ce qui ne serait pas créer une réserve ; cf. aussi AMIAUD, *Comptes de réserves*, p. 230. Décisions judiciaires approuvant des constitutions de réserves faites par l'assemblée générale ordinaire : Paris 13 juin 1900, S. 1903, II, 313 ; Cass. Req. 10 décembre 1918, S. 1920, I, 289 (note de M. BOURCART) ; Trib. Com. Seine 15 mars 1922, *J. Soc.* 1924, 40 ; 20 janvier 1925, *Rev. Soc.* 1925, 293. Décisions judiciaires annulant des constitutions de réserves faites par l'assemblée générale ordinaire : Angers 26 avril 1866, S. 1867, II, 103 ; Rouen 8 août 1868, S. 1869, II, 236 ; Lyon 6 mars 1888, *J. Soc.* 1889, 390.

3. Pour l'exclusion de la communauté des réserves constituées par l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire : PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 418 ; THALLER et PIC, II, n° 1194 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1393 ; COPPER-ROYER, II, n° 353 *bis* (si les réserves ne sont pas distribuées au cours de la communauté) ; BOSVIEUX, *J. Soc.* 1907, art. 1653, p. 183 et s. ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 9 ; MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1925, art. 20841 ; MINARD, *th. précit.*, n° 65 ; CH.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 160 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 148 ; Bruxelles 21 novembre 1853, *Pasicr.* 1854, II, 204 ; Grenoble 20 mars 1876, sous Req. 14 mars 1877, S. 1878, I, 5, D. P. 1877, I, 353 ; Paris 1^{er} juillet 1887, D. P. 1888, II, 243 et sur pourvoi Cass. Civ. 5 février 1890, S. 1893, I, 471, D. P. 1890, I, 300 ; Nancy 10 mars 1906, *Pand. fr. pér.* 1906, II, 249. V. toutef. VAVASSEUR, I, n° 521 *in fine* ; AMIAUD, *Tr. form. Gén. du Notar.*, III, V^o Partage, n° 1119 ; Trib. Lunéville 10 juin 1882, *Rev. Not. et Enreg.* 1883, n° 6691.

habituellement. Une réserve ne pourra être constituée au cours de la société, si elle n'a pas été prévue au pacte social, ni augmentée au-delà du quantum fixé par le pacte social, qu'avec l'assentiment unanime des associés. Si antérieurement à la communauté les associés, dont celui qui est devenu l'époux commun en biens acquêts, avaient coutume de laisser une certaine part de leurs bénéfices dans la société, cet usage s'imposera à la communauté¹. Elle doit jouir comme le propriétaire lui-même jouissait (art. 578 C. Civ.). Or, celui-ci ne considérerait comme fruits que les bénéfices par lui retirés de la société. — Mais si à l'origine de la communauté les bénéfices étaient intégralement répartis à la fin de chaque exercice entre les associés, les retenues, qui seraient opérées ultérieurement, soit pour parer aux pertes éventuelles, soit pour réaliser certaines améliorations ou extensions, ne sauraient nuire à la communauté. La détermination des fruits doit être établie à son égard selon la règle suivie lors de son entrée en jouissance. Cette règle ne peut être modifiée à son détriment. Il n'existe pas dans les sociétés de personnes d'organes, auxquels on puisse reconnaître ce pouvoir. Si les associés mettent en réserve une partie de leurs bénéfices en dehors de toute clause statutaire, c'est librement qu'ils le font. Or, l'époux associé ne peut par un acte de volonté libre préjudicier à la communauté. On comprend, au contraire, qu'une décision de l'assemblée générale, qui lie un actionnaire n'ayant pas voté ou même ayant voté contre, s'impose pareillement à la communauté. La communauté ne saurait donc être privée de son droit sur les bénéfices des sociétés de personnes mis en réserve en vertu d'une décision prise pendant sa jouissance².

1. NAQUET, note S. 1911, I, 361 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 243-2°. V. toutef. AMIAUD, *Tr. form. gén. du Notar.*, III, V^o Partage, n^o 4117 ; BINET, note D. P. 1910, I, 257, sous Req. 25 octobre 1909 et rapport de M. le Conseiller FOCHIER, *ibid.*, qui ne soustraient ou paraissent ne soustraire à la communauté que les réserves statutaires dans les sociétés de personnes.

2. Cass. Req. 25 octobre 1909, S. 1911, I, 361, D. P. 1910, I, 257 ; Trib. Civ. Marseille 26 juillet 1927, D. H. 1927, 565, *Gaz. Pal.* 1927, II, 851. V. toutef. Paris 4 avril 1901, *Le Droit* 21 septembre 1901, d'après lequel il suffit, semble-t-il, que les réserves extra-statutaires des sociétés de personnes aient été constituées dans l'intérêt de la société et non dans l'intérêt particulier de tel ou tel associé pour être soustraites à la communauté, même si elles sont formées au cours de celle-ci. Cf. MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1925, art. 20841.

358. Mais est-ce à dire que la communauté aura un droit de propriété sur les bénéfices ainsi réservés et que la plus-value, que le fonds social acquerra par leur emploi, lui appartiendra ? C'est cette solution qu'ont admise un arrêt de la Chambre des Requêtes¹ et un jugement du Tribunal Civil des Bouches-du-Rhône, section de Marseille².

L'espèce, sur laquelle a statué le Tribunal, était la suivante. Lors de son mariage sous le régime de la séparation de biens avec société d'acquêts (les règles de la communauté étaient applicables à un tel régime, comme l'a reconnu avec raison le Tribunal) le mari possédait et s'était réservé en propre des droits dans une société en nom collectif. Deux fonds de commerce furent créés pendant le mariage à titre de succursales de cette société au moyen de prélèvements sur les bénéfices par elle réalisés. Survint la dissolution de la société au cours du mariage. Les deux fonds de commerce furent attribués au mari. Puis le divorce fut prononcé. La femme prétendit que ces deux fonds de commerce faisaient partie de la société d'acquêts. Le Tribunal accueillit cette prétention, parce que, l'acte de constitution de la société ne prévoyant pas la formation obligatoire d'un fonds de réserve pour des créations ou améliorations à apporter à la société, c'était par un acte de volonté personnel et absolument facultatif des associés qu'une partie des bénéfices avait été employée à la création dudit fonds de commerce ; que dès lors ces bénéfices appartenaient à la société d'acquêts, et conséquemment les fonds de commerce qu'ils avaient servi à créer.

Dans l'espèce soumise à la Chambre des Requêtes, le capital de la société, dont le mari était membre lors de son mariage sous le régime de la communauté d'acquêts, s'était accru dans de notables proportions au cours du mariage grâce aux apports successifs faits par les associés d'une partie des bénéfices, apports purement facultatifs, l'acte de société ne prescrivant pas la constitution d'un fonds de réserve. La société fut dissoute pendant le mariage. Le mari toucha sa part. Puis la séparation de biens fut prononcée. La Chambre

1. 25 octobre 1909, S. 1911, I, 361 et la note de M. NAQUET, D. P. 1910, I, 257 et la note de M. BINET.

2. 26 juillet 1927, D. H. 1927, 565, *Gaz. Pal.* 1927, II, 851.

des Requêtes, après la Cour d'appel et le Tribunal, admit que l'augmentation de valeur du fonds social due à l'emploi purement volontaire de bénéfices réalisés au cours de la communauté appartenait à celle-ci, comme ces bénéfices eux-mêmes, quant à la part du mari. Toutefois, elle a réservé propre au mari la totalité de sa part dans le fonds de commerce proprement dit, c'est-à-dire la firme et la clientèle y attachée, compris dans l'avoir de la société dissoute, la plus-value que sa part propre initiale dans ledit fonds de commerce avait acquise pendant le mariage ne pouvant être détachée ni distinguée de celle-ci.

359. On pourrait critiquer la conception trop étroite que la Chambre des Requêtes présente du fonds de commerce. Celui-ci comprend d'autres éléments que la firme et la clientèle y attachée¹. Nous ne nous arrêterons pas sur ce point. La notion de fonds de commerce est en dehors de notre sujet et elle n'avait pas à intervenir, selon nous, dans l'espèce.

Le reproche essentiel que nous adresserons à la Chambre des Requêtes comme au Tribunal des Bouches-du-Rhône, c'est d'avoir méconnu la véritable nature de la part sociale, d'avoir assimilé celle-ci à une simple part indivise dans les divers éléments actifs de la société. La communauté n'a jamais été que créancière du montant des bénéfices laissés dans la société ; elle n'a jamais eu de droit de propriété sur ces bénéfices, encore moins de droit de propriété même indivis sur les biens qu'ils ont servi à acquérir. Ces biens sont devenus la propriété privative de la société. De même, si le mari avait apporté à la société des deniers puisés dans la communauté, celle-ci n'aurait eu aucun droit sur les valeurs acquises par la société au moyen de ces deniers. À la dissolution de la société, le mari a eu droit à une part de l'actif net. Cette part lui a constitué un propre en totalité : se réserver propre une part sociale, c'est bien se réserver propre la totalité de la portion d'actif net qu'elle permet de recueillir à la dissolution de la société. La plus-value, que cette part a pu acquérir au cours de la communauté, demeure propre à l'époux titulaire, comme la plus-value acquise par un bien propre quelconque. La communauté ne pouvait qu'exercer une récompense contre

1. GAUDEMET, *Rev. tr. de dr. civ.* 1910, p. 161.

l'époux pour le montant des bénéfices, auquel elle avait droit et qu'elle n'avait pas touché¹.

360. Nous concluons donc qu'au cas où une partie des bénéfices est volontairement laissée par les associés dans une société de personnes au cours de la communauté, celle-ci ne peut qu'exercer une récompense contre l'époux associé pour la part lui revenant dans ces bénéfices². Cette solution a son importance : le montant de la récompense de la communauté ne peut excéder celui de cette part de bénéfices, quand même la plus-value du fonds social acquise par ce moyen serait supérieure³. Par contre, la communauté ne peut rien réclamer au delà de cette plus-value, si elle est inférieure aux bénéfices qui ont été employés à la réaliser⁴.

361. Ainsi donc, les réserves légales, statutaires ou extraordinaires des sociétés par actions et à responsabilité limitée, les réserves statutaires des sociétés de personnes et celles constituées dans lesdites sociétés en vertu d'un usage antérieur à la jouissance de la communauté accroissent au capital de la part sociale propre. La communauté n'a droit qu'au supplément de dividende produit par ces réserves (Cf. art. 596 C. Civ.). Quelle que soit leur affectation, la communauté n'acquiert aucun droit sur elles lors de leur formation.

362. Les réserves destinées à assurer la stabilité des dividendes en période de crise font partie du fonds social comme les autres réserves. Elles ne deviennent fruits qu'au fur et à mesure des distributions fragmentaires qui en sont faites ; tel est le résultat produit par leur aménagement même. En les créant les associés n'ont pas voulu imprimer de suite le caractère de fruits à des valeurs qui ne l'avaient pas par elles-mêmes, mais seulement au moment et dans la mesure où ils auraient recours à elles pour former ou parfaire le dividende périodique. D'ailleurs, ces réserves restent à la disposition de la société, qui pourrait en cas de besoin les employer à

1. GAUDEMET, *Rev. tr. de dr. civ.* 1910, p. 161 ; BINET, note D. P. 1910, I, 257 ; NAQUET, note S. 1911, I, 361 ; COLIN et CAPITANT, III, p. 122 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 239 et s.

2. Cf. en ce sens Trib. Civ. Lunéville 10 juin 1882, *Rev. Not. et Enreg.* 1883, n° 6691 ; Paris 5 juin 1928, *Gaz. Trib.* 9 octobre 1928.

3. Cass. Civ. 22 octobre 1889, *J. Pal.* 1890, I, 123, D. P. 1890, I, 62.

4. Cass. Req. 14 mars 1877, S. 1878, I, 5, D. P. 1877, I, 353.

d'autres fins. La communauté n'a donc aucun droit acquis sur ces réserves ; elle n'acquiert que celles qui sont distribuées pendant son cours conformément à leur destination¹.

363. Le report à nouveau sur l'exercice suivant, décidé par l'assemblée générale, du reliquat des bénéfices d'un exercice après allocation aux actionnaires d'un dividende en chiffre rond, constitue une véritable réserve². Si l'exercice suivant était déficitaire, les bénéfices ainsi reportés ne pourraient être distribués, mais devraient servir à réparer les pertes. Les actionnaires ne sont pas créanciers vis-à-vis de la société de leur part dans ces bénéfices, comme ils sont créanciers des dividendes mis en distribution. En cas de faillite de la société, les actionnaires peuvent produire pour le montant de ces dividendes, qu'ils n'ont pas encore touché, en concours avec les autres créanciers sociaux ; ils ne le peuvent pas pour leur part dans les bénéfices des exercices précédents reportés à nouveau. La communauté n'a donc aucun droit sur ces bénéfices, tant qu'ils n'ont pas été distribués³.

364. En résumé, entrent uniquement en communauté les sommes prélevées sur les réserves pour assurer le service régulier des dividendes dans les années malheureuses, que les réserves, où elles ont été prises, aient été constituées dans ce but, qu'elles aient été dotées primitivement d'une affectation différente, ou qu'elles n'aient reçu auparavant aucune affectation spéciale⁴. Il est à remarquer, d'ailleurs, que la réserve

1. CROIZAT, *th. précit.*, p. 148 ; *contra* : VAVASSEUR, I, n° 521 *in fine* ; Trib. Annecy 17 novembre 1910, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, 1911, art. 17301.

2. AMIAUD, *Comptes de réserves* (1^{re} éd.), p. 83 et s.

3. CROIZAT, *th. précit.*, p. 150.

4. BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, n° 593, — LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1287 ; PLANIOL et RIPERT, III (avec la collab. de M. PICARD), n° 792, VIII (avec la collab. de M. NAST), n° 418 *in fine* ; VAVASSEUR, I, n° 521 ; COPPER-ROYER, II, n° 353 *bis* ; LABBÉ, note S. 1878, I, 5, § 5 ; HOUPIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1882, *Prat. Not.*, p. 10 ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; LENOAN, *Rev. tr. de Dr. civ.* 1922, p. 378 ; MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1925, art. 20841 ; MINARD, *th. précit.*, n° 66 ; CH.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 54 ; CROIZAT, *th. précit.*, pp. 149-150.

légale, véritable prolongement du capital social¹, ne saurait être utilisée à cette fin².

Doivent être, au contraire, considérées comme propres à l'époux, qui les reçoit pendant la communauté et qui a conservé en propre sa part dans la société :

1^o Les sommes provenant de réserves réparties entre les associés, soit au cours de la société à titre de dividende extraordinaire, soit à la dissolution de la société³. Il y a, dans les deux cas, un partage d'actif, dans le premier cas partage anticipé, après lequel la valeur de la part sociale diminue d'autant.

2^o Les actions d'une société étrangère possédées par la société, dont l'époux fait partie, et réparties par elle entre ses membres⁴. Ces actions constituent une fraction de l'actif social. La distribution qui en est faite par la société équivaut à une distribution de réserves, d'abord, parce qu'elles ont été très probablement acquises à l'aide de bénéfices réservés, ensuite, parce que, abstraction faite de l'origine des biens employés à les acquérir, elles apparaissent comme de véri-

1. THALLER, *Ann. de dr. comm.* 1895, p. 251.

2. THALLER et PIC, II, n^o 1190.

3. MASSÉ et VERGÉ, sur ZACHARIAE, II, § 308, note 7 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n^o 1287 ; PLANIOL et RIPERT, III (avec la collab. de M. PICARD), n^o 792, VIII (avec la collab. de M. NAST), n^o 418 ; COLIN et CAPITANT, I (1^{re} éd.), p. 804 ; AMIAUD, *Tr. form. gén. du Notar.*, III, V^o Partage, n^o 119 ; THALLER et PIC, II, n^o 1194 ; BUCHÈRE, *op. cit.*, n^{os} 249 et 439 ; LABBÉ, note S. 1878, I, 5, § 5 ; HOUPIN, *Rép. Gén. prat. du Not.*, 1882, *Prat. not.*, p. 10 ; BOSVIEUX, *J. Soc.* 1907, p. 188 ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n^o 10 ; MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Not.* 1925, art. 20841 ; MINARD, *th. précit.*, n^o 63 ; Ch.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 53 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 143 ; Paris 27 avril 1827, S. 1827, II, 183, *J. Pal. chr.*, DALL., *Jur. Gén.* V^o Banque, n^o 109, note 1 ; Amiens 13 décembre 1898, *J. des aud. de la Cour d'Amiens* 1898, p. 259 ; Nancy 10 mars 1906, *Pand. fr. pér.* 1906, II, 249 ; Trib. Civ. Seine 1^{er} avril 1922, D. P. 1923, II, 45. *Contra* : LAURENT, VI, n^o 402 ; COPPER-ROYER, II, n^o 353 *bis* ; Trib. Civ. Compiègne 29 décembre 1897, sous Amiens 13 décembre 1898 *précité*.

4. Cass. Req. 14 mars 1877, S. 1878, I, 5 et la note approbative de M. LABBÉ, D. P. 1877, I, 353 ; AUBRY et RAU, VIII, § 522, texte et note 10 *bis* ; PLANIOL et RIPERT, III (avec la collab. de M. PICARD), *loc. cit.*, VIII (avec la collab. de M. NAST), n^o 419 ; BUCHÈRE, n^o 439 ; WAHL, *loc. cit.* ; MINARD, *th. précit.*, n^o 67 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 145.

tables réserves : elles représentent, en effet, des valeurs actives en excédent sur celles que la société a dû conserver pour maintenir l'intégrité de son capital.

3^o Les actions de la société achetées par elle en vertu d'un droit de préemption et réparties entre les actionnaires restants¹. La validité de ce procédé ne saurait être contestée, alors du moins que le rachat est effectué à l'aide de réserves² ; car, à supposer que le rachat entraîne nécessairement réduction du capital social par confusion entre l'ayant-droit et l'obligé, la remise par la société des actions rachetées à d'autres personnes reconstitue le capital social et couvre la nullité dont le rachat aurait pu être entaché³. En réalité, cette opération n'a fait que consolider la situation des actionnaires restants. Se trouvant seuls associés après le rachat, ils ont bénéficié de la disparition du concours des vendeurs sur l'actif social. La distribution à eux faite des actions préemptées, si elle a augmenté le nombre de leurs titres respectifs, n'a pas augmenté l'émolument de leurs droits. Elle a empêché seulement que la revente à des tiers ne fit perdre aux associés restants l'accroissement de part qui est résulté pour eux du rachat. Cette perte d'ailleurs aurait été compensée par le prix de revente, dont se serait enrichi l'actif social, enrichissement qui aurait profité au patrimoine propre et non à la communauté. Pour conserver intacts à l'époux ses droits propres sur le fonds social, il est donc nécessaire de lui attribuer en propre les actions préemptées.

4^o Les deux actions nouvelles remises en échange d'une action ancienne par suite du dédoublement des actions effectué par la société. Les actions dédoublées donnent ensemble droit à la même quotité de l'actif social que l'action primitive.

5^o Les actions nouvelles délivrées aux anciens associés, en cas d'augmentation de capital par incorporation des réserves au capital⁴. Ces actions ne font que conso-

1. Cass. Req. 14 mars 1877 *précité* et les auteurs cités à la note précédente.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n^o 882 ; THALLER et PIC, II, n^o 1162.

3. WAHL, *Précis*, n^{os} 762 et 763.

4. Paris 1^{er} juillet 1887, D. P. 1888, II, 243, et sur pourvoi Cass. Civ. 5 février 1890, S. 1893, I, 471, D. P. 1890, I, 300 ; Req. 24 juin 1903, D. P. 1904, I, 591 ; Trib. Civ. Liège 22 décembre 1903, *Pasier*. 1904, III, 222 ;

lider le droit propre de l'époux associé sur les réserves¹.

6° Les parts bénéficiaires délivrées gratuitement aux actionnaires. Elles donnent droit, en effet, à une part des bénéfices distribués au cours de la société et, sauf stipulation contraire, à une part des réserves réparties à la dissolution², enlevées l'une et l'autre aux actions.

Sur toutes ces sommes, actions ou parts bénéficiaires, la communauté exerce d'ailleurs son droit de quasi-usufruit ou d'usufruit (Cf. art. 596 C. Civ.)³.

§ III. — Amortissement

365. L'amortissement d'une action est le versement à son titulaire, au cours de la société, d'une somme égale à son montant nominal, prise sur les bénéfices de l'exercice, ou sur les réserves générales (mais non la réserve légale), ou sur un fonds de réserve spécialement constitué à cet effet. Ce

Trib. Civ. Seine 1^{er} avril 1922, D. P. 1923, II, 45 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 419 ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 12 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 145. *Contra* : Trib. Civ. Boulogne-sur-Mer 3 avril 1925, *Gaz. Pal.* 1925, II, 195.

1. Si cependant la société avait adopté cette pratique de distribuer alternativement une année des dividendes en espèces, et l'année suivante des actions gratuites en représentation de bénéfices incorporés au capital, nous pensons que la communauté aurait droit aux actions ainsi distribuées pendant son cours. Elles tiendraient alors lieu de dividendes. La périodicité de leur distribution — distribution ne diminuant pas la substance des actions primitives — leur donnerait le caractère de véritables fruits. Il y aurait lieu de considérer, en ce cas, les actionnaires comme ayant abandonné à la société des bénéfices qui eussent dû être répartis. Ceux-ci apparaîtraient comme des revenus capitalisés, n'ayant pas accru, à la différence des réserves, au capital des actions primitives, mais transformés de suite en capitaux indépendants. C'est naturellement l'usufruitier ou la communauté qui devrait profiter de cette capitalisation, semblable à celle qu'il aurait pu faire lui-même, s'il avait touché effectivement les dits bénéfices.

²2. WAHL, *Précis*, n° 956 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 536.

3. Cass. Req. 14 mars 1877 *précité* ; PLANIOL et RIPERT, III (avec la collab. de M. PICARD), n° 792, VIII (avec la collab. de M. NAST), n° 405 ; MASSÉ et VERGÉ, sur ZACHARIAE, II, § 308, note 7 ; BUCHÈRE, n°s 249, 439 et 440 ; LABBÉ, note S. 1878, I, 5, § 5 ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n°s 10-11 ; MINARD, *th. précit.*, n° 63 ; Ch.-A. COLIN, *th. précit.*, p. 53 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 143.

versement est accompagné de la délivrance à l'actionnaire d'une action de jouissance en échange de l'action amortie, qui était une action de capital. La somme ainsi reçue au cours de la communauté par l'époux actionnaire, qui a conservé en propre son action, entre-t-elle dans la communauté définitivement, ou seulement à charge de récompense ? Les brèves indications, que nous venons de donner sur l'opération, laissent pressentir notre réponse. Nous devons, cependant, avant de nous prononcer, jeter un coup d'œil sur les principales opinions, qui ont été émises à propos de l'amortissement.

366. D'après certains auteurs¹, l'amortissement doit s'analyser non en un remboursement du capital de l'action, mais en une allocation de dividende exceptionnel. Le capital, dit-on, ne peut à la fois demeurer dans le patrimoine social et avoir fait retour à l'actionnaire. Il faut donc choisir, voir dans l'amortissement ou une restitution de l'apport originaire, entraînant réduction du capital social, ou une répartition extraordinaire de dividende. Ce second parti s'impose. Une semblable réduction de capital, accomplie en dehors des formes prescrites, serait irrégulière. D'autre part, la qualité d'associé suppose un apport ; son apport restitué, l'associé ne peut plus faire partie de la société. Comment dès lors justifier la délivrance d'une action de jouissance permettant au titulaire d'exercer encore des droits dans la société ? — Dividende exceptionnel, la somme payée à titre d'amortissement rentre donc dans la communauté, comme les autres dividendes.

Cette conception aboutit à des conséquences inacceptables. La société devrait continuer à servir à l'actionnaire les intérêts du montant nominal de l'action amortie. A la dissolution de la société, les titulaires des actions non encore amorties auraient droit, en vertu du principe d'égalité, au versement d'une somme égale à celle versée aux titulaires des actions amorties. Puis, il faudrait rembourser à tous les actionnaires le montant nominal de leurs actions ; le surplus serait partagé entre tous les ayants-droit à une part de bénéfices (actionnaires, porteurs de parts de fondateur, etc.). Ces con-

1. THALLER, *A propos des actions de jouissance*, J. Soc. 1906, p. 482 et Tr., n° 587 ; MOREL, *Des actions de jouissance dans les sociétés par actions*, thèse Paris 1903 ; MARIA, *Etude sur les actions de jouissance*, 1905.

séquences sont certainement contraires à la volonté des parties, contraires au but de l'institution de l'amortissement. Ce qui le prouve bien, c'est que les statuts stipulent toujours qu'il ne sera plus servi d'intérêts fixes aux titulaires des actions amorties. En outre, les porteurs de parts de fondateur se trouvent lésés : ils supportent deux fois le remboursement du montant nominal des actions.

367. Dans une autre opinion, on estime également que le remboursement du montant nominal des actions au cours de la société serait contraire à la règle de la fixité du capital social, mais on se refuse à voir dans l'amortissement une distribution de dividende même extraordinaire ; on le considère comme une attribution de part d'actif¹. L'actionnaire a droit, à la dissolution de la société, non seulement à la restitution de son apport, mais encore à une part dans l'actif excédant. La restitution des apports est impossible pendant la durée de la société ; il est, au contraire, permis de procéder, pendant sa durée, à une répartition d'une partie de l'actif non nécessaire pour assurer l'intégrité du capital social. Il y a là un partage anticipé, une sorte d'avancement d'hoirie. Seulement ce partage fait avant terme ne saurait être définitif. Il est subordonné au maintien dans la société d'un actif toujours égal au moins au capital social. Si la société, dans la suite, éprouvait des pertes, les actionnaires devraient rapporter le montant de la part qu'ils auraient reçue prématurément. — Dans cette conception, la somme touchée à titre d'amortissement, représentant une parcelle du fonds social, n'entre en communauté qu'à charge de récompense, lorsque l'action amortie est propre.

368. Nous admettons cette solution, mais l'interprétation de l'amortissement, sur laquelle on la fonde, ne nous semble pas satisfaisante. Le principe de la fixité du capital social n'exige pas le rapport des sommes touchées en cas de déficit ultérieur. L'amortissement est effectué à l'aide de réserves, qui sont des capitaux certes, mais, à la différence de ceux nécessaires pour sauvegarder l'intégrité du capital social proprement dit, capitaux susceptibles d'être distraits définiti-

1. VALÉRY, *Rev. Gén. du Dr.* 1906, p. 32 et 121, 1907, p. 110 ; RIPERT, *Quelques mots sur la nature juridique de l'amortissement des actions*, *Ann. de dr. comm.* 1907, p. 372.

vement du fonds social au profit des associés. Des réserves distribuées, la réserve légale mise à part, ne sont pas plus sujettes à répétition que des dividendes réels. Aussi bien, l'amortissement nous apparaît-il comme une opération à double face. C'est une distribution de réserves vis-à-vis des créanciers sociaux. Ceux-ci n'ont pas à se plaindre, le capital social n'est pas entamé. Vis-à-vis des actionnaires, au contraire, l'amortissement est véritablement le remboursement du montant nominal des actions. La société se libère ainsi d'une dette (inscrite au passif social), qu'elle a envers les actionnaires, sans porter atteinte aux droits des créanciers étrangers. Il n'est pas possible d'expliquer autrement les résultats cherchés par l'amortissement : cessation du service des intérêts du capital des actions amorties, absence de remboursement à la dissolution. D'autre part, il est légitime que le titulaire d'une action amortie reste dans la société, qu'il lui soit délivré une action de jouissance, car il a d'autres droits sociaux que sa créance de restitution de son apport originaire. Il n'y a pas lieu, au surplus, d'être surpris outre mesure du changement d'aspect de cette institution, suivant qu'elle est regardée d'un point ou d'un autre. Cela est dû au caractère purement abstrait de la notion de capital social, notion établie dans l'intérêt des créanciers sociaux. A la seule condition de respecter cette notion à l'égard de ces derniers, les actionnaires peuvent, dans leurs rapports entre eux, employer à toutes sortes de combinaisons les biens concrets composant l'actif social¹.

369. D'ailleurs, qu'il soit considéré du point de vue des créanciers sociaux, ou du point de vue des actionnaires, l'amortissement est de nature à alimenter le patrimoine propre. Distribution de réserves, l'actionnaire reçoit une valeur de capital, qui doit lui demeurer propre, si son action amortie lui était propre. Remboursement du capital initial

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 560 ; THALLER et PIC, II, n° 805 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 368 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 413 ; WAHL, *Précis*, n° 939 ; PERROUD, *Encore un mot sur l'amortissement des actions*, Ann. de dr. comm. 1907, p. 435. Cf. une autre conception de l'amortissement exposée par M. BOUVIER-BANGILLON, *Des actions de jouissance, examen critique*, J. Soc. 1905, p. 526 et 1906, p. 145 et s. Cette conception, qui d'ailleurs nous semble critiquable, conduit aux mêmes solutions que celle que nous adoptons.

de son action propre, *a fortiori*, l'époux actionnaire est en droit de revendiquer à titre de propre le bénéfice de cette opération.

La somme touchée par un époux à titre d'amortissement d'une action à lui propre n'entre donc dans la communauté qu'à charge de récompense¹. La communauté jouit de cette somme en qualité de quasi-usufruitière et elle jouit en même temps des dividendes qui sont alloués à l'action de jouissance pendant son cours.

§ IV. — Droit de souscription par préférence

370. A. Droit de souscription accordé aux anciens actionnaires. — Souvent, lors d'une augmentation de capital, un droit de préférence est réservé aux anciens actionnaires pour souscrire aux actions nouvelles. Ce droit leur est conféré, soit par les statuts, soit par l'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital. Les bénéficiaires peuvent, au lieu d'exercer ce droit, le céder, sauf les restrictions susceptibles d'être apportées par les statuts ou l'assemblée générale à sa cession comme à la cession des actions². On voit de suite les questions qui se posent pour nous. Le droit de souscription attaché à une action propre est-il lui-même propre ? S'il est vendu, son prix n'entre-t-il en communauté qu'à charge de récompense ? S'il est exercé, les actions nouvelles acquises grâce à lui deviennent-elles propres comme les anciennes ? La solution de ces questions dépend de la nature du droit de souscription. Pour déterminer celle-ci, il faut connaître la raison d'être de ce droit.

371. Supposons que les actions nouvelles soient souscrites par des étrangers. Ils vont verser à la société le montant nominal desdites actions, égal, en principe, à celui des anciennes, et ils se trouveront, en conséquence, sur un pied d'égalité avec les anciens actionnaires. A première vue, cela paraît très juste. Puisque les uns et les autres ou leurs auteurs ont fait un apport égal à la société, il est naturel qu'ils aient

1. LENOAN, *Rev. tr. de dr. civ.* 1922, p. 379 ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089 n° 24 ; MOUCHET, *Des Valeurs mobilières au point de vue du régime de communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880, n°s 52-53 ; MINARD, *th. précit.*, n° 59 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 199 et s.

2. V. WAHL, *De la cession du droit de préférence*, *J. Soc.* 1912, p. 337 et s.

des droits égaux. Mais, si jusqu'à son augmentation le capital nominal initial n'a pas varié, il n'en est pas de même de l'actif. Celui-ci, qui à l'origine correspondait exactement au capital, s'est enrichi des réserves constituées au cours de la vie sociale. Les actionnaires ayant droit à une quote-part de l'actif, la valeur de leurs actions s'est accrue proportionnellement. Survient l'augmentation de capital. Les anciens actionnaires vont être obligés de partager les réserves existant alors, et auxquelles ils avaient seuls droit, avec les nouveaux actionnaires, et corrélativement la fraction des bénéfices ultérieurs provenant de ces réserves. Les nouveaux actionnaires, de ce fait, acquerront immédiatement dans la société des droits d'une valeur supérieure au montant de la somme qu'ils y apporteront. Par contre, les anciens actionnaires verront leurs droits diminuer de valeur. Le cours des actions traduira ces résultats. Actions anciennes et nouvelles vont être cotées au même cours. Ce cours sera en baisse sur celui coté avant l'augmentation du capital. Il est clair que cette baisse causera une perte aux anciens actionnaires seuls. Les actions nouvelles ne subiront, en réalité, aucune baisse. Elles monteront, au contraire, de tout ce dont le cours excédera leur valeur d'émission, égale, par hypothèse, à leur montant nominal. Les anciens actionnaires vont, de cette manière, être sacrifiés au profit des nouveaux. Il n'est pas juste, en effet, que ceux-ci bénéficient de réserves obtenues par l'utilisation de capitaux fournis uniquement par ceux-là.

Comment les anciens actionnaires pourront-ils empêcher que l'augmentation de capital leur porte préjudice ? Plusieurs moyens sont concevables. L'attribution aux anciens actionnaires d'un droit de souscription par préférence aux actions nouvelles est celui qui semble le meilleur et qui est le plus fréquemment employé. Ce droit permettra à chacun d'eux de souscrire à un nombre d'actions nouvelles proportionnel au nombre d'actions anciennes qu'il possède. Si l'ancien actionnaire use de cette faculté, il conservera intact son droit sur les réserves antérieures, qui se répartit entre ses actions anciennes et ses actions nouvelles. S'il vend son droit de préférence, le prix qu'il en retirera représentera la valeur de la part de réserves qui va se détacher de ses actions pour accroître aux actions nouvelles, auxquelles l'acheteur pourra souscrire en vertu de ce droit. Soit, par exemple, une société au capital initial de 4.000.000 francs divisé en 4.000

actions de 1.000 francs. Elle augmente son capital de 2.000.000 francs par l'émission de 2.000 actions de 1.000 francs. Chaque actionnaire possédant deux actions aura droit de souscrire à une action nouvelle. L'action ancienne avant l'émission valait 1.500 francs. L'ancien actionnaire, qui usera de son droit de souscription, acquerra une action nouvelle pour deux anciennes moyennant le versement d'une somme de 1.000 francs. La valeur totale de ses trois actions sera composée de la valeur de ses deux actions anciennes avant l'émission et de la valeur d'émission de son action nouvelle, soit : $1.500 + 1.500 + 1.000 = 4.000$ francs. Chaque action vaudra donc : $4.000 : 3 = 1.333,33$. Les actions anciennes auront ainsi diminué de $1.500 - 1.333,33 = 166,67$. Cette somme représente la valeur du droit de souscription attaché à chaque action ancienne. Tel est, en effet, le montant de la perte que l'exercice de son droit de souscription permet à l'ancien actionnaire d'éviter sur son action. Si, au lieu d'exercer ce droit, il aime mieux le céder, c'est cette somme qu'il devra réclamer à son cessionnaire pour compenser la perte qu'il éprouvera en se dessaisissant de son droit. Du moins, théoriquement, la valeur du droit de souscription doit être calculée de cette manière. En pratique, les cours oscillent assez peu autour des chiffres ainsi obtenus. Ils sont généralement un peu inférieurs, de manière à attirer les acheteurs. En somme, la vente de son droit de souscription équivaut pour l'ancien actionnaire à la distribution que lui ferait la société de sa part de réserves, et elle ne présente pas les inconvénients occasionnés à la société et à l'actionnaire par cette dernière opération : la société conserve toutes ses réserves, et l'actionnaire ne supporte ni l'impôt cédulaire ni l'impôt général sur le revenu, qui frappent les distributions de réserves.

Le droit de souscription par préférence a une autre utilité. Il sert à empêcher l'introduction dans la société d'éléments étrangers; à maintenir la direction et le contrôle de l'affaire entre les mains des anciens actionnaires. Ce résultat, il est vrai, peut être obtenu également par la création d'actions à vote plural. Cependant, le droit de vote privilégié attaché à ces actions n'est pas admis dans les assemblées générales extraordinaires.

372. Ces indications sur le rôle du droit de souscription vont nous permettre d'en déterminer la nature.

Le droit de souscription est-il un fruit de l'action ? Apparemment non. Le caractère essentiel des fruits : la périodicité, lui manque. Mais nous avons vu que le droit de souscription représente une part de réserves attachée à l'action ancienne. Dès lors, si l'on considère les réserves comme des fruits accumulés, il semble logique de regarder le droit de souscription comme un fruit ou tout au moins comme représentant des fruits¹. — Il nous suffira de rappeler, pour réfuter cette opinion, que les réserves sont des capitaux, qu'elles n'ont pas et n'ont jamais eu le caractère de fruits².

373. Le droit de souscription est-il un produit de l'action ancienne ? On appelle produit : « les objets qui sortent de la chose mais en épuisant la substance parce qu'ils ne se reproduisent pas ou ne se reproduisent que très lentement³ ». Le droit de souscription ne rentre-t-il pas dans cette définition ? On l'a soutenu⁴. Le droit de souscription sort de l'action ; il y était attaché ; en le vendant ou en l'exerçant on l'en détache, et l'on obtient une chose distincte de l'action ancienne : un prix de vente ou une action nouvelle. En outre, l'exercice ou la vente du droit de souscription épuise la substance de l'action ancienne : celle-ci est amputée d'une partie des réserves, qu'elle comprenait antérieurement. Enfin, le droit de souscription ne se reproduit pas ou ne se reproduit qu'à intervalles plus ou moins éloignés et en tout cas non périodiques.

1. En ce sens : DECUGIS, *De la non-dotalité du droit de souscription appartenant aux femmes dotales en cas d'augmentation de capital*, J. Soc. 1922, p. 49 et s.

2. En ce sens : PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 794 ; COPPÉROYER, II, n° 353 bis, p. 137 ; PIOT, *Le droit de souscription par préférence à une augmentation de capital doit-il être exercé par l'usufruitier ou par le nu-propriétaire des actions auxquelles il est attaché*, J. Soc. 1917, art. 2504, n° 2 ; BARATIN, *De l'exercice par le nu-propriétaire ou l'usufruitier d'actions du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces*, Rev. Soc. 1921, p. 61 et s. (not. p. 67) ; WAHL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. Soc. 1925, art. 3089, n° 17 ; DACHER, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse Paris 1913, p. 102 et s. ; JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse Aix 1926, p. 152 et s. ; PAVES, *Du droit de souscription à des actions nouvelles*, thèse Paris 1925, p. 62 et s. ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 194, note 1.

3. COLIN et CAPITANT, I, p. 802.

4. SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris 1925, p. 85.

374. Si tant est que le droit de souscription possède tous ces caractères, nous estimons que ce n'est pas encore suffisant pour qu'il soit un produit. La définition du produit que nous avons rapportée ci-dessus nous semble incomplète, comme la plupart des définitions qui en sont données généralement. Qu'un morceau d'une pièce d'étoffe soit coupé, personne ne prétendra que ce morceau est un produit de la pièce d'étoffe. Pourtant, il présente tous les caractères du produit, que nous avons dégagés de la définition sus-énoncée : il sort de la pièce d'étoffe, il en diminue la substance et il ne se reproduit pas. Prenons un autre exemple, purement hypothétique, mais qui nous paraît très suggestif. Une maison est divisée en deux logements dans le sens vertical. Si l'on pouvait séparer un de ces logements de l'autre et le transplanter en un autre lieu, dirait-on que ce logement serait un produit de la maison primitive ? Non. C'en serait une partie. On ne pourrait dire que la maison primitive subsisterait en l'un plutôt qu'en l'autre de ces logements. Qu'au lieu de le séparer de l'autre en le conservant intact, on démolisse un de ces logements, les matériaux provenant de la démolition seront, à n'en pas douter, des produits de la maison primitive. Cet exemple nous montre le véritable caractère distinctif du produit : par le fait de son détachement il devient susceptible d'une utilisation nouvelle, utilisation que ne comporte pas la chose dont il est extrait, et qu'il ne comportait pas lui-même avant son extraction.

Examinons à ce point de vue le droit de souscription. Lorsqu'on l'exerce, on l'utilise suivant la destination qu'il a toujours eue. D'ailleurs, pour l'exercer, on ne le détache pas de l'action. Si celle-ci s'en trouve dépourvue après son exercice, c'est parce qu'il n'existe plus, même séparément ; aussitôt exercé, il s'éteint. Il ne saurait être retrouvé parmi les éléments de l'action nouvelle. Si cette dernière possède un droit de souscription en vue d'une augmentation de capital ultérieure, ce ne peut être évidemment le même que celui au moyen duquel elle a été acquise. Au surplus, serait-ce le même, n'ayant pas changé de destination auprès de l'action nouvelle, il ne pourrait être considéré comme un produit de l'action ancienne. Qu'on n'argue pas non plus, pour le cas de négociation, que l'on détache alors sans contestation possible le droit de souscription de l'action ancienne ; il n'en devient pas pour cela un produit, car son mode d'exercice

est toujours le même, qu'il soit utilisé par le titulaire de l'action auquel il était attaché ou par un cessionnaire.

En définitive, le droit de souscription est un attribut de l'action, et non un produit. L'action est composée d'un certain nombre de droits : droit aux dividendes, droit à une quote part d'actif, droit de participer aux assemblées générales, droit de céder son titre, droit de souscription par préférence lors d'une augmentation de capital. Aucun de ces droits ne saurait être qualifié de produit, pas même le droit général aux dividendes : seuls les dividendes distribués sont des produits.

375. Mais, objectera-t-on, il ne faut pas considérer le droit de souscription *in abstracto*, il faut voir ce qu'il est en réalité. Nous savons qu'il représente une part de réserves attachée à l'action ancienne ; or, si les réserves ne sont pas des fruits, elles sont tout au moins des produits. — Ce raisonnement est spécieux. On peut dire sans doute que les réserves sont formées à l'aide des produits des opérations sociales, mais on emploie alors le mot « produit » dans son sens général et non dans le sens spécial que nous avons défini. Au surplus, il y a des réserves qui n'ont pas de produits, même au sens général, à leur origine, ce sont celles qui proviennent de plus-values d'actif. En tous cas, si les réserves sont des produits, ce sont des produits capitalisés. Pour que la portion de réserves, qui, par suite de l'exercice du droit de souscription a été enlevée à l'action ancienne et annexée à l'action nouvelle, puisse être regardée comme un produit, au sens juridique, il faudrait qu'elle ait pris une destination nouvelle. S'il y avait eu distribution effective de réserves par la société, le caractère de produits pourrait être justement reconnu aux réserves distribuées, car, distraites du fonds social, elles seraient utilisées autrement par l'actionnaire que par la société. Mais, en cas d'émission d'actions nouvelles, la société conserve ses réserves, seuls les droits éventuels des actionnaires sur elles sont modifiés. Qu'une portion de réserves attachée à l'action ancienne en soit détachée et soit incorporée à l'action nouvelle, sa destination demeure identique. Ce n'est donc pas un produit, c'est un véritable fragment de l'action ancienne, qui accroît à l'action nouvelle. Ce droit à une portion de réserves qui est transféré d'une action à l'autre représente, en effet, une partie du droit de l'action

ancienne à une quote-part de l'actif social, c'est-à-dire une fraction d'un des éléments constitutifs de l'action ancienne.

Aussi bien, la Cour de Cassation a déclaré que « ce droit ou cette faculté conditionnelle de souscrire aux émissions nouvelles n'était pas un produit de la propriété des actions anciennes¹ ». Et la grande majorité des auteurs refuse pareillement le caractère de produit au droit de souscription².

376. Si le droit de souscription n'est pas un produit, du moins n'est-il pas un sous-produit de l'action ancienne ? Ce terme de sous-produit est assurément nouveau dans la langue du droit. Un auteur a jugé bon de l'y introduire pour l'appliquer notamment au droit de souscription³. Voici l'exposé de sa théorie. Elle repose sur cette définition du produit : une chose est le produit d'une autre, quand celle-ci est le facteur matériel et direct de son identité physique (produit naturel) ou civile (produit civil)⁴. Ainsi, le dividende, la prime de remboursement sont des produits civils, parce qu'ils tiennent leur identité civile directement et exclusivement du titre (contrat de société ou de prêt) d'où ils émanent. Leur seule cause matérielle est le capital versé par l'actionnaire ou l'obligataire à la société. Le droit de souscription, au contraire, ne tient pas son identité civile, du moins son identité civile définitive, directement et exclusivement du titre auquel il est attaché. Le contrat de société, en effet, ne suffit pas pour constituer le droit de souscription à l'état de valeur réelle ; il faut, en outre, une émission d'actions par la société, et le fait de la souscription par le bénéficiaire. Ces deux faits sont extérieurs au contrat de société. L'intervention de deux facteurs étrangers à ce contrat est donc nécessaire pour donner au droit de souscription son identité civile complète. Certes, le droit de souscription conditionnel, qui dérive immédia-

1. Cass. Req. 12 juillet 1880, S. 1882, I, 161, *J. Pal.* 1882, I, 379, D. P. 1882, I, 36. V. aussi Trib. Civ. Valenciennes 18 novembre 1925, *Gaz. Pal.* 1926, I, 213, *J. Soc.* 1926, 352.

2. Cf. not. WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, nos 17 et 18 ; DACHER, *th. précit.*, p. 121 et s. ; JAUFFRET, *th. précit.*, p. 156 et s.

3. DACHER, *th. précit.*, p. 128.

4. DACHER, *th. précit.*, p. 114 et 117.

tement du contrat de société peut être qualifié de produit de l'action. Mais il n'en est pas de même de ce droit, une fois la condition réalisée, car, comme nous venons de le voir, cette réalisation modifie son identité civile. La rétroactivité de la condition ne peut avoir pour effet d'imprimer au droit de souscription définitif le caractère de produit direct de l'action, car elle n'est qu'une fiction, elle ne peut supprimer les faits qui ont été indispensables pour transformer le droit de souscription de simple possibilité en réalité¹. En conséquence, « la priorité de souscription (et il en est de même pour le lot), apparaît comme étant un sous-produit du capital, c'est-à-dire un produit transformé par l'intervention d'une cause nouvelle ; elle constitue donc une valeur particulière, indépendante du capital du titre, quoique comprise cependant, en principe, dans l'ensemble des droits que ce titre comporte et représente² ».

Nous critiquerons d'abord la définition du produit, qui est à la base de cette théorie. Elle nous semble conduire à des conséquences inadmissibles. D'après elle, le morceau d'une pièce d'étoffe serait un produit de celle-ci, incontestablement le facteur matériel et direct de son identité physique. Au contraire, les matériaux provenant de la démolition d'une maison ne seraient pas des produits, car on ne saurait dire que la maison en est le facteur direct ; ils ne peuvent être que des sous-produits comme le droit de souscription. Il a fallu, en effet, comme pour ce dernier, l'intervention d'une cause étrangère, le fait de la démolition, pour les mettre dans l'état nouveau où ils se trouvent. Le défaut de cette définition est, selon nous, de ne pas tenir compte de ce trait qui nous paraît caractéristique du produit : l'utilisation nouvelle, d'être même en opposition avec lui, car une chose ne sera jamais le facteur direct que d'une autre ayant une destination identique.

Cette définition du produit rejetée, la notion de sous-produit perd son fondement, puisque le sous-produit, nous dit-on, est un produit (tel qu'on le définit) transformé par l'intervention d'une cause nouvelle. Le sous-produit a donc pour origine un produit. De fait, le droit de souscription avant l'émis-

1. DACHER, *th. précit.*, p. 121-122.

2. DACHER, *th. précit.*, p. 128.

sion nous est présenté comme un produit. Mais, d'après notre définition, il ne peut être davantage un produit avant l'émission qu'après. Dès lors n'étant pas produit auparavant, il ne peut, du fait de l'émission et de la souscription, devenir un sous-produit, c'est-à-dire un produit transformé.

377. Quelle est alors la nature du droit de souscription ? Il est facile de la déduire des développements qui précèdent. Représentant une partie du droit attaché à l'action ancienne sur une portion de réserves ou plus largement sur une portion d'actif social, le droit de souscription représente une fraction du capital de cette action, il est une valeur de capital. Qu'on ne nous objecte pas que le capital de l'action « c'est la somme qui a été versée à la société » et non « l'ensemble des droits que le titre représente et que sa possession confère¹ ». Pour nous, le capital de l'action n'est pas seulement la somme versée par le souscripteur, c'est-à-dire son montant nominal ; il n'est pas non plus l'ensemble des droits attachés à la possession du titre. C'est la quote-part de l'actif social à laquelle ce titre donne droit. Si l'on ne considère cette quote-part comme capital que jusqu'à concurrence du montant nominal de l'action, on est obligé de voir dans l'excédent un produit, et par suite d'attribuer le caractère de produit au droit de souscription. Or, nous avons repoussé cette conception. Cet excédent d'actif, qui constitue les réserves *lato sensu*, n'apparaît pas comme un produit, tant qu'il reste dans le patrimoine de la société (et l'exercice du droit de souscription ne l'en distrait pas), il fait partie, au contraire, des éléments producteurs, du capital réel. — A la vérité, l'auteur, qui s'arrête à cette notion étroite du capital de l'action, conclut que le droit de souscription est un capital distinct de celui de l'action et non un produit. Mais il arrive à cette conclusion au moyen de sa théorie spéciale du produit et du sous-produit, que nous avons exposée ci-dessus. C'est en tant que sous-produit que, d'après lui, le droit de souscription est un capital distinct de celui de l'action. Nous avons réfuté cette théorie. La portion de réserves que représente le droit de souscription est, comme nous venons de le montrer, une fraction du capital de l'action et non un capital distinct.

En résumé, voici comment nous apparaît la situation de

1. DACHER, *th. précit.*, p. 125.

l'ancien actionnaire, lorsque l'augmentation de capital avec priorité de souscription à son profit a été décidée par l'assemblée extraordinaire : le droit de son action à une quote-part de l'actif social est diminué, mais il lui est conféré un droit compensateur : le droit de souscription. En vendant ce droit, il réalisera immédiatement la valeur que son action a perdue ; en l'exerçant, il retrouvera dans l'action nouvelle la part d'actif détachée de son action ancienne.

378. Il reste à déterminer la nature de l'action nouvelle. Il n'est pas douteux que celle-ci soit une valeur distincte de l'action ancienne. Mais cette valeur est formée de deux éléments d'origine différente : la somme d'argent, versée par le souscripteur, représentant le montant nominal de l'action, — la portion de réserves, venant de l'action ancienne, représentée par le droit de souscription. Il y aura lieu de tenir compte de cette constitution complexe de l'action nouvelle pour régler sa condition juridique.

379. Cette conception du droit de souscription et de l'action nouvelle prévaut aujourd'hui en doctrine¹.

Est-ce également celle de la jurisprudence ? Les rares décisions judiciaires, que nous avons relevées en la matière, ont statué sur la nature de l'action nouvelle acquise en vertu d'un droit de souscription et non sur celle du droit de souscription lui-même.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes semble cependant avoir envisagé spécialement le droit de souscription : « Ce droit ou cette faculté conditionnelle de souscrire aux émissions nouvelles n'était pas, dit-il, un produit de la propriété des actions anciennes, ni une chose s'unissant à elles de plein droit et nécessairement à titre d'accession ou d'accroissement² ». Cet arrêt commet une confusion entre le droit de souscription et l'action acquise en vertu de ce droit. Certes, la première proposition sus-relatée peut s'appliquer au droit de souscription lui-même, et elle exprime une opinion con-

1. V. not. BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s., et 1922, p. 568 et s. (not. p. 573) ; PERROUD, *Rev. Soc.* 1922, p. 274 et s. (not. p. 280) ; JAUFFRET, *th. précit.*, p. 161 et s. ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 194. V. aussi : PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 419-3° ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 18 ; PAVÈS, *th. précit.*, p. 67 et s.

2. Cass. Req. 12 juillet 1880, S. 1882, I, 161, *J. Pal.* 1882, I, 379, D. P. 1882, I, 36.

forme à la nôtre : le droit de souscription n'est pas un produit de l'action. Mais la deuxième proposition ne saurait se rapporter au droit de souscription, car celui-ci est sans nul doute attaché à l'action ancienne ; ce ne peut être que l'action nouvelle qui n'est pas une « chose s'unissant de plein droit et nécessairement à l'action ancienne à titre d'accession ou d'accroissement ». Cette observation nous porte à croire que ce à quoi l'arrêt a refusé le caractère de produit, c'est l'action nouvelle bien plutôt que le droit de souscription.

Donc, d'après l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes, l'action nouvelle faisant l'objet d'un droit de souscription attaché à l'action ancienne n'accroît pas de plein droit et nécessairement à cette dernière. Un arrêt postérieur de la Chambre des Requêtes décide que « l'usage par le mari d'un droit de préemption qui lui était personnel n'avait fait qu'accroître des biens qui lui étaient propres¹ ». N'y a-t-il pas contradiction entre ces deux arrêts ? Nous ne le croyons pas. Le premier arrêt a voulu marquer la nécessité d'un acte de volonté de la part du titulaire du droit de souscription pour acquérir les actions nouvelles qui en font l'objet, et non se prononcer sur la nature de ces actions une fois acquises. Le propriétaire réel d'actions anciennes réclamait au prête-nom les actions nouvelles auxquelles celui-ci avait souscrit *proprio motu* en vertu du droit de priorité attaché aux actions anciennes dont il n'était que le propriétaire apparent. La Chambre des Requêtes repousse cette prétention, parce que, d'après les constatations souveraines des juges du fait, le propriétaire réel ayant connu, à l'époque, les émissions d'actions nouvelles avec réserve du droit de priorité aux anciens actionnaires s'était abstenu volontairement d'user de ce droit de priorité ou de charger son prête-nom de l'exercer pour son compte. Cette inaction intentionnelle du propriétaire réel avait entraîné la déchéance de son droit. Au contraire, d'après le deuxième arrêt de la Chambre des Requêtes, le mari avait usé lui-même du droit de souscription dont il était titulaire. Il échappait donc à la fin de non-recevoir qui avait été opposée au propriétaire réel dans l'espèce précédente.

S'ensuivait-il que les actions nouvelles devaient accroître nécessairement à ses actions anciennes propres ? Pour admettre

1. Cass. Req. 25 juin 1903, S. 1911, I, 361 *ad notam*, D. P. 1904, I, 591.

l'affirmative, la Chambre des Requêtes se base sur cette considération que les actions nouvelles étaient « issues des titres primitifs et pour partie de leurs produits capitalisés ». Elle consacre ainsi la conception de l'action nouvelle et implicitement celle du droit de souscription, que nous avons adoptées, puisque celle-là dérive de celle-ci¹.

380. Connaissant la nature du droit de souscription et de l'action nouvelle, recherchons maintenant quelle va être la situation par rapport à la communauté de ce droit attaché à une action propre et de l'action nouvelle acquise en vertu de son exercice.

Représentant une fraction du capital d'une action propre, le droit de souscription afférent à cette action est propre. Il n'y a pas à distinguer suivant qu'il a été stipulé par les statuts ou qu'il l'a été seulement au cours de la communauté par l'assemblée générale qui a décidé l'augmentation du capital. On peut dire qu'en ce dernier cas il se produit dans le patrimoine propre une véritable subrogation entre la portion d'actif social dont l'action propre est amputée et le droit de souscription. Au surplus, ce cas est assimilable à celui où l'assemblée générale au cours de la communauté décide la répartition d'une partie des réserves à titre de dividende extraordinaire. Ce dividende extraordinaire n'entre pas dans la communauté. Le droit de souscription, qui représente une valeur semblable, n'y doit pas davantage entrer. — Par conséquent, si le droit de souscription est vendu, le prix ne tombe dans la communauté qu'à charge de récompense.

381. Mais *quid* des actions nouvelles ? Il est permis de montrer quelque circonspection avant de conclure en faveur de leur nature propre, du moins si elles n'ont pas été souscrites en emploi ou en remploi de biens propres. L'action nouvelle, avons-nous vu, se compose de deux éléments : 1^o la part d'actif détachée de l'action ancienne, représentant une valeur propre ; 2^o le capital nominal fourni par la communauté. Le patrimoine propre et la communauté ont donc chacun des droits à faire valoir relativement à cette action nouvelle ? Comment les réglera-t-on ? Plusieurs systèmes sont concevables. 1^o L'action nouvelle sera à la fois propre et com-

1. Cf. dans le même sens Trib. Civ. Valenciennes 18 novembre 1925, *Gaz. Pal.* 1926, I, 213, *J. Soc.* 1926, 352.

mune, propre proportionnellement à la part d'actif détachée de l'action ancienne ou autrement dit à la valeur du droit de souscription, commune proportionnellement au montant du capital nominal. Mais il est préférable d'éviter autant que possible cette indivision entre le patrimoine propre et la communauté. — 2^o La nature propre ou commune de l'action nouvelle dépendra de la nature de celui de ses deux éléments qui aura la valeur la plus importante, sauf au bénéficiaire, patrimoine propre ou communauté, à faire récompense à l'autre. Mais cette solution repose sur la maxime : *major pars trahit ad se minorem*, qui n'est écrite nulle part dans notre droit. — 3^o L'action nouvelle appartient au patrimoine fournisseur de la somme versée pour la libérer, c'est-à-dire généralement à la communauté, sauf récompense du montant de la valeur propre incluse en elle¹. — 4^o L'action nouvelle devient propre à titre d'accroissement de l'action ancienne, sauf récompense à la communauté. C'est cette solution qui, avec raison a prévalu tant en doctrine² qu'en jurisprudence³. L'acquisition de l'action nouvelle est la conséquence de l'exercice du droit de souscription, cette action est le déve-

1. DACHER, *th. précit.*, p. 144.

2. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n^o 419-3^o ; AMIAUD, *Tr. form. gén. du Not.*, III, V^o Partage (5^e éd.), n^o 1023 ; BARATIN, *Rev. Soc.* 1921, p. 61 et s. ; LENOAN, *Rev. tr. de dr. civ.* 1922, p. 380 et s. ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n^{os} 17 à 20 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 195 ; JAUFFRET, *th. précit.*, p. 214 ; PAVÈS, *th. précit.*, p. 67 et s.

3. Cass. Req. 25 juin 1903, S. 1911, I, 361 *ad notam*, D. P. 1904, I, 591 ; Valenciennes 18 novembre 1925, *Gaz. Pal.* 1926, I, 213, *J. Soc.* 1926, 352. L'arrêt de Cass. Req. 12 juillet 1880, S. 1882, I, 161, D. P. 1882, I, 36, comme nous l'avons montré, n'est pas opposé à l'accroissement ; il dit seulement que l'accroissement ne se produit pas de plein droit ; il faut que le droit de souscription soit exercé par le propriétaire ou puisse tout au moins être considéré comme ayant été exercé pour son compte. Toutefois, d'après Trib. Civ. Seine 19 avril 1899, rapporté par M. DECUGIS, *J. Soc.* 1922, p. 54, note 2, « l'exercice du droit de souscription nécessite le versement d'un capital nouveau et ce capital étant fourni par la société d'acquêts, les actions doivent également appartenir à ladite société ». Mais il s'agissait de société d'acquêts jointe au régime dotal. Les actions anciennes étaient dotales, et le jugement semble avoir eu surtout la préoccupation de ne pas augmenter le fonds dotal pendant le mariage. Il dit d'ailleurs une chose inexacte : «... les actions anciennes... subsisteront après comme avant la souscription dans leur intégrité ».

loppement du germe contenu dans ce droit, qui est propre ; il est donc logique qu'elle soit propre. Il n'y a pas lieu d'accorder une importance prépondérante au capital nominal de l'action nouvelle ; c'est une simple valeur abstraite. Le capital réel de cette action, c'est la part d'actif social à laquelle elle donne droit ; or, la substance première de cette part provient de l'action ancienne, la somme versée par la communauté, en entrant dans le fonds social où elle s'est confondue avec les éléments d'actif antérieurs, n'a fait que la grossir par amalgame¹.

382. D'ailleurs, la communauté profitera des dividendes que l'action nouvelle produira pendant son cours². Il est juste qu'elle perçoive les revenus provenant pour partie d'une somme qu'elle a déboursée et pour le surplus d'une portion de capital dont elle jouissait déjà auparavant. On a prétendu, il est vrai, que l'action nouvelle échappait au droit de l'usufruitier ; elle forme, a-t-on dit, un capital nouveau, distinct de celui de l'action ancienne grevée de l'usufruit, et doit être réputée libre entre les mains du nu-propriétaire³. Mais on apporte à cette règle des exceptions, notamment au cas où l'usufruit est à titre universel, et à celui où les deniers employés à libérer l'action souscrite proviennent de biens grevés de l'usufruit. Or, l'usufruit de la communauté d'acquêts sur les propres des époux a précisément un caractère universel ; celle-ci jouit des fruits et revenus de tous les biens propres quels qu'ils soient ; et elle a fourni la somme au moyen de laquelle l'action nouvelle a été libérée. Même si cette opinion hostile à l'extension de l'usufruit sur les actions nouvelles était fondée, et nous ne croyons pas qu'elle le soit⁴, elle ne

1. Nous déclarerions propre, d'ailleurs, l'action nouvelle, même si lors de l'augmentation de capital la société ne possédait pas de réserves. Cette solution se justifierait alors par des raisons analogues à celles que nous donnerons en faveur du caractère propre de l'action souscrite en vertu d'un droit de préférence attaché à un titre propre autre qu'une action ancienne de la société.

2. V. les autorités citées aux notes précédentes.

3. PIOT, *J. Soc.* 1917, art. 2504, n° 2.

4. Cf. BARATIN, *loc. cit.* ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 18 ; COPPER-ROYER, II, n° 353 bis, p. 137-138 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 196, note 1 ; JAUFFRET, *th. précit.*, p. 197.

ferait donc pas obstacle à l'exercice par la communauté de son droit de jouissance sur lesdites actions.

383. Enfin, la libération de l'action nouvelle au moyen de deniers pris sur la communauté ouvrira au profit de celle-ci un droit à récompense. Le montant de cette récompense ne pourra excéder le montant de la somme réellement déboursée, mais il sera de toute la somme déboursée, alors même que la valeur de l'action nouvelle, à la dissolution de la communauté, serait inférieure à cette somme¹.

On pourrait objecter, il est vrai, que pour le calcul des récompenses dues à la communauté on distingue traditionnellement entre les impenses nécessaires, devant toujours être remboursées intégralement par l'époux bénéficiaire, les impenses utiles, ne devant être remboursées que jusqu'à concurrence de la plus-value procurée à l'époux à la dissolution de la communauté, et les impenses voluptuaires, ne donnant lieu à aucune récompense. Or, la souscription à l'action nouvelle ne saurait être considérée que comme ayant occasionné une impense utile, remboursable seulement dans la mesure de la plus-value acquise de ce chef par le patrimoine propre lors de la dissolution de la communauté. Elle n'était pas, en effet, nécessaire pour la conservation de l'intégralité de la substance de l'action ancienne propre ; l'époux aurait pu vendre son droit de préférence, le prix l'aurait indemnisé de la perte que l'émission nouvelle faisait subir à son action ancienne et la communauté n'aurait rien eu à déboursier.

Cette objection ne nous semble pas pertinente. La division des impenses en nécessaires, utiles et voluptuaires ne concerne que celles relatives à la conservation ou à l'amélioration d'un bien propre². Mais, dira-t-on, la souscription à l'action nouvelle n'a-t-elle pas précisément pour effet d'améliorer un bien propre : l'action ancienne, ou plus exactement la parcelle de l'action ancienne incluse dans l'action nouvelle ? Nous ne le pensons pas. Par amélioration d'un propre on entend celle qui est due à des travaux exécutés sur ce propre, mais non l'extension, l'accroissement d'un propre

1. MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880, n° 96 ; LENOAN, *Rev. tr. de dr. civ.* 1922, p. 382 et s. ; JAUFFRET, *th. précit.*, p. 215.

2. Cf. AUBRY et RAU, VIII, § 511 bis-1^o c. ; PLANIOL, III, n° 1296.

par acquisition et annexion d'un bien de même nature. Ainsi, lorsqu'un époux acquiert à titre de propres de nouvelles parts indivises d'un bien dont il était déjà co-proprétaire, il doit, d'après l'article 1408 al. 1, indemniser la communauté « de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition », et, si c'est la femme qui acquiert ces nouvelles parts au moyen de l'exercice du retrait d'indivision, elle doit, d'après l'article 1408 al. 2, rembourser à la communauté « le prix d'acquisition ». Ces termes sont très nets : ils fixent invariablement le montant de la récompense à celui de la somme déboursée, abstraction faite de la plus ou moins-value du bien acquis à la dissolution de la communauté. On reconnaît en particulier, dans l'hypothèse de l'article 1408 al. 2, que la femme ne pourrait demander compte de la diminution de valeur que l'immeuble aurait subie dans l'intervalle de l'achat à l'exercice du retrait, pas plus que la communauté ne devrait être indemnisée de l'augmentation de valeur prise par l'immeuble dans le même intervalle¹. De même, en cas d'échange avec soulte ou de remploi en un bien d'une valeur supérieure à la somme à remployer, lorsque le bien acquis en échange ou en remploi devient propre en totalité, la récompense due à la communauté est du montant intégral de la soulte ou de tout l'excédent du prix d'achat sur la somme à remployer, encore que la valeur du bien nouveau ait diminué à la dissolution de la communauté². — Nous pensons que la même règle doit être suivie pour la fixation du montant de la récompense due à raison de la souscription à une action nouvelle en vertu d'un droit de préférence attaché à une action propre. Dans toutes ces hypothèses, il y a non amélioration d'un bien propre ancien, mais acquisition d'un bien nouveau s'unissant ou se substituant à un bien propre ancien. Cette acquisition a été faite pour le compte du patrimoine propre. Sans doute, en vertu des règles gouvernant le régime, la dette de soulte, de prix ou de libération est entrée dans le passif de la communauté. Il est juste, cependant, que celle-ci soit indemnisée de tout ce qu'elle a payé pour l'époux. Lorsqu'il s'agit de simples impenses utiles faites par la communauté sur un bien propre,

1. RODIÈRE et PONT, I, n° 640 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 562.

2. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n°^s 466 et 512 ; PLANIOL, III, n°^s 945 et 961.

on comprend que l'époux ne soit tenu à récompense envers la communauté que jusqu'à concurrence de la plus-value ainsi obtenue par ce bien à la dissolution, « car, comme le dit Pothier¹, s'il n'eût pas trouvé dans le fonds de la communauté les deniers dont il s'est servi pour la (l'impense utile) faire, il aurait pu ne pas la faire, et ne pas entamer son propre fonds ». On ne saurait admettre, au contraire, qu'un époux puisse s'approprier un bien acquis au cours de la communauté sans rembourser à celle-ci le prix entier ou la somme entière par elle versée pour l'acquisition de ce bien. Quand des deniers communs ont été employés à l'acquisition, comme quand ils ont été employés à la conservation d'un propre, à la différence du cas où ils ont été employés à l'amélioration d'un propre, la récompense doit être toujours de la totalité de la somme déboursée par la communauté.

D'ailleurs, si l'on se prononçait pour la limitation de la récompense à la plus-value acquise par le patrimoine propre, en cas d'acquisition d'une action nouvelle en vertu du droit de souscription attaché à une action ancienne propre, comment établirait-on cette plus-value ? Dirait-on qu'elle est de toute la valeur de l'action nouvelle ? Mais nous savons que cette dernière contient une part de réserves provenant de l'action ancienne. Il faudrait donc retrancher la valeur de cette part de réserves de la valeur de l'action nouvelle, l'excédent seulement représentant l'enrichissement réel du patrimoine propre. Une autre difficulté se présenterait alors, en ce qui concerne l'évaluation de cette part de réserves. Faudrait-il prendre pour valeur de celle-ci le prix du droit de souscription ? Ne faudrait-il pas plutôt établir la proportion existant lors de l'émission entre la valeur totale de l'action nouvelle et la valeur de cette part de réserves, et estimer que la valeur de cette dernière lors de la dissolution de la communauté était dans le même rapport avec la valeur totale de l'action nouvelle à cette époque ? On voit les complications qu'engendrerait l'opinion que nous combattons.

384 Toutes les solutions qui précèdent supposent que le droit de souscription a été régulièrement exercé ou vendu par l'époux ou au nom de l'époux titulaire. L'usage par le mari d'un droit de souscription lui appartenant n'est soumis

1. *Tr. de la communauté*, n° 636.

à aucune condition spéciale ; quant à la femme, elle devra se munir de l'autorisation du mari, ou, à défaut, de justice, ou donner pouvoir à son mari d'agir en son nom.

Mais le mari peut-il, en l'absence d'un pouvoir de sa femme, vendre ou exercer un droit de souscription appartenant à celle-ci ?

Sans examiner au fond cette question qui sort de notre sujet, nous remarquerons que, pratiquement, il lui sera très facile de le faire, si les actions de la femme sont au porteur, et même si elles sont nominatives, car, dans ce dernier cas, la souscription est le plus souvent reçue sur simple présentation du titre. Au reste, la société n'aura aucune justification à demander au mari, lorsque les statuts stipuleront, suivant un usage répandu, que l'usufruitier est seul admis à représenter les titulaires de l'action dans leurs rapports avec la société.

Mais quel sera le sort du prix de vente du droit de souscription, ou des actions nouvelles souscrites par le mari ?

Il n'est pas douteux que la femme aura le droit, à la dissolution, de retirer de la communauté le prix du droit de souscription attaché à ses actions propres et vendu par le mari en dehors d'elle.

Elle pourra également revendiquer la propriété des actions nouvelles souscrites par le mari de sa propre initiative en vertu d'un droit de préférence appartenant à la femme. On ne saurait permettre au mari d'user des pouvoirs étendus dont il dispose pour détourner à son profit ou au profit de la communauté un enrichissement destiné à la femme. Administrateur des biens de celle-ci il aurait dû l'avertir de l'émission d'actions nouvelles et l'inviter à prendre parti. S'il a usé lui-même, sans la prévenir, du droit de préférence appartenant à sa femme, cette dernière doit être admise à réclamer les actions acquises en vertu de ce droit, mais le mari ne peut la forcer à les prendre pour elle. Comme l'a justement déclaré la Chambre des Requêtes¹, les actions nouvelles ne sont pas des choses s'unissant nécessairement et de plein droit aux actions anciennes à titre d'accession ou d'accroissement. Une manifestation de volonté du propriétaire des actions anciennes est nécessaire.

1. Cass. Req. 12 juillet 1880, S. 1882, I, 161, D. P. 1882, I, 36.

385. La femme aura donc une option à l'égard des actions nouvelles. Quand pourra-t-elle exercer cette option ? Dans quel délai ? La société, à qui le mari demandera d'immatriculer comme acquêts de communauté les actions nouvelles souscrites par lui en vertu du droit de priorité de sa femme, pourra n'y consentir que sur la déclaration de celle-ci d'abandonner lesdites actions à la communauté. Le mari pourra-t-il exiger que la femme se prononce de suite ?

On a proposé d'appliquer l'article 1408 al. 2. En conséquence, la femme ne serait tenue d'exercer son option qu'à la dissolution de la communauté¹.

Mais l'extension de l'article 1408 al. 2 à cette hypothèse soulève une objection. Le jeu de cette disposition est subordonné à l'existence d'une indivision entre la femme et des tiers. Or, l'action nouvelle souscrite par le mari n'appartient pas par indivis à la femme. Le fait que cette action contient une fraction de l'action ancienne de la femme ne donne pas à celle-ci un droit indivis sur l'action nouvelle. D'ailleurs, l'indivision doit exister lors de l'acquisition par le mari. Qui aurait pu être considéré à ce moment comme le co-indivisaire de la femme ? Le souscripteur est le premier et le plein propriétaire de l'action nouvelle. Au cas où celui-ci aurait usé d'un droit de souscription ne lui appartenant pas, il est permis de se demander s'il faudrait accorder au véritable titulaire du droit de souscription une action en revendication des actions souscrites ou une action en dommages-intérêts, mais on ne saurait regarder lesdites actions comme indivises entre le titulaire du droit de souscription et le souscripteur.

Aussi bien on reconnaît qu'il n'est pas possible de voir dans l'action nouvelle une indivision au sens technique du mot. Mais, dit-on, « si la situation ne cadre pas précisément avec la lettre même de l'article 1408, 2^o, elle rentre à n'en pas douter dans son esprit ² ». C'est ce qu'il y a lieu d'examiner.

Le but général de l'article 1408 est d'empêcher qu'une nouvelle indivision ne renaisse entre l'époux et la communauté. Du moment qu'il n'y a pas indivision, on se trouve, semble-t-il, en dehors du domaine de cet article.

1. LENOAN, *Rev. tr. de dr. civ.* 1922, p. 380 et s.-3^o.

2. LENOAN, *loc. cit.*

Mais il convient d'observer que la disposition de l'alinéa 2 de cet article a plus spécialement pour but de protéger la femme contre un abus de pouvoir du mari et que l'option réservée à la femme à l'égard des actions nouvelles-souscrites par le mari a un but semblable. Ne faut-il pas en conséquence appliquer à cette option les règles régissant celle de l'article 1408 al. 2 ?

L'article 1408 al. 2, répliquera-t-on, tend à préserver la femme contre un abus de pouvoir du mari nettement déterminé et non contre tous les abus de pouvoir du mari plus ou moins analogues. Ses règles ne doivent pas être étendues à des hypothèses différentes de celles qu'il prévoit.

On ne doit pas perdre de vue la portée du débat. L'option de la femme relativement aux actions nouvelles ne saurait évidemment être fondée sur l'article 1408 al. 2. Le nu-propriétaire possède la même option, elle ne découle pas assurément dudit article. L'usufruitier ou le mari, en souscrivant aux actions nouvelles, exerce un droit appartenant au nu-propriétaire ou à la femme. C'est pourquoi ces derniers, en vertu des principes généraux, sont admis à revendiquer ces actions sans d'ailleurs pouvoir être contraints à les prendre malgré eux. Dans l'hypothèse de l'article 1408 al. 2, le mari n'use d'aucun droit appartenant à la femme. Une disposition spéciale était nécessaire pour permettre à celle-ci de réclamer pour elle l'acquisition faite par le mari : il s'agit là d'un bénéfice exceptionnel conféré à la femme, on l'a même qualifié de véritable expropriation pour cause d'utilité privée.

L'option attribuée à la femme par l'article 1408 al. 2 et celle que nous lui reconnaissons en cas de souscription à des actions nouvelles par le mari en vertu d'un droit de préférence à une action à elle propre découlent donc de deux sources différentes. Il s'agit de savoir si, dans ce dernier cas comme dans le premier, la femme ne peut être forcée à exercer son option avant la dissolution de la communauté.

Remarquons déjà que, si l'on repoussait l'assimilation sur ce point, on arriverait à un résultat choquant : la femme serait plus favorisée pour exercer un privilège que pour exercer un droit.

Remarquons, au surplus, que l'article 1408 al. 2 n'est pas le seul qui, accordant une option à la femme lui permet de différer sa décision jusqu'à la dissolution de la communauté. Aux termes de l'article 1435 C. Civ., la femme peut accepter

jusqu'à cette époque le remploi effectué par le mari pour son compte. Certes, en cette hypothèse, à la différence de celle de l'article 1408 al. 2, après cette date elle est déchuë de l'option dont elle jouissait auparavant : son acceptation serait tardive. Mais, tant que dure la communauté, le mari ne peut faire fixer à la femme par les tribunaux un délai pour accepter ou refuser le remploi¹.

La faculté pour la femme d'attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour exercer une option à elle accordée n'est donc pas un bénéfice spécial au retrait d'indivision. Elle apparaît comme une contre-partie des pouvoirs étendus du mari. Elle nous semble rentrer dans l'esprit du régime de communauté. Aussi, croyons-nous pouvoir induire des articles 1408 al. 2 et 1435 cette règle générale : toutes les fois que la femme a la faculté de revendiquer une acquisition l'intéressant mais faite par le mari en dehors d'elle, elle ne peut être contrainte à prendre parti avant la dissolution de la communauté.

En conséquence, lorsque le mari a souscrit à des actions nouvelles en vertu d'un droit de préférence attaché à des actions propres à la femme, celle-ci ne peut être sommée par le mari, pendant la durée de la communauté, de déclarer si elle entend prendre pour elle ces actions nouvelles ou les abandonner à la communauté². Le mari ne saurait se plaindre des inconvénients résultant pour lui de cette situation ; c'est lui qui l'a créée, en usant d'un droit appartenant à sa femme.

386. Quelles seront les conséquences de l'option exercée par la femme ? Si elle a réclamé les actions nouvelles, ces actions lui seront propres du jour de la souscription, mais elle devra une récompense à la communauté calculée suivant les règles que nous avons indiquées. Si elle a abandonné ces actions à la communauté, elle aura droit à récompense de la valeur du droit de souscription³.

387. **B. Droit de souscription accordé à d'autres personnes qu'aux anciens actionnaires.** — Un droit de souscription privilégié aux actions émises lors d'une augmentation de capital peut être conféré à d'autres personnes qu'aux anciens

1. GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, II, n° 489 ; PLANIOL, III, n° 955.

2. En ce sens LENOAN, *loc. cit.* ; *contra* : JAUFFRET, *th. précit.*, p. 216 et s.

3. JAUFFRET, *th. précit.*, p. 217.

actionnaires : par exemple aux porteurs de parts de fondateur, aux fondateurs, aux souscripteurs originaires, aux membres du Conseil d'Administration, aux employés de la société, à d'autres sociétés (à une société mère au cas d'augmentation du capital d'une filiale), aux actionnaires d'une autre société, à certaines personnes étrangères à la société (dont celle-ci cherche à obtenir le concours ou qu'elle veut rémunérer de services rendus)¹. Pour toutes ces personnes le droit de souscription n'a pas la même fonction que pour les anciens actionnaires : il ne sert pas à les garantir contre une perte ; il constitue pour elles un avantage pur. Ou bien, en effet, elles n'avaient pas encore de droits dans la société, ou elles n'en avaient plus, ou bien elles ont droit à une part de bénéfices que les nouveaux actionnaires ne restreindront pas. Elles profiteront donc, au détriment des anciens actionnaires, d'une partie de la plus-value acquise par l'actif social depuis l'origine. A supposer même que l'émission nouvelle ait lieu avec prime, la marge entre la somme versée et le cours de l'action acquise sera certainement encore appréciable.

388. a) Quel sera le sort sous le régime de la communauté d'acquêts du produit de la réalisation du droit de souscription possédé au jour du mariage ou acquis pendant le mariage en vertu d'une cause lucrative par une des personnes sus-désignées, soit séparément, soit comme accessoire d'un titre (part de fondateur, action d'une autre société) ?

Il n'est pas douteux que le prix de vente de ce droit ne doive tomber dans la communauté qu'à charge de récompense au profit de l'époux titulaire. A le supposer attaché à un titre, ce droit ne peut être considéré comme un fruit de ce titre, puisqu'il n'est pas périodique et ne porte pas sur des fruits accumulés, ni comme un produit, puisqu'en se réalisant il ne diminue pas la substance du titre. Il représente une valeur de capital, qui n'est certes pas une fraction du capital du titre, mais qui vient s'ajouter aux émoluments de ce dernier. Sans doute, cette valeur se réalise pendant la communauté, mais elle est l'objet d'un droit conditionnel existant au jour où le titre a pris contact avec la communauté, et réservé propre comme tous les autres droits attachés à ce titre. Ces considérations valent *a fortiori* relativement au

1. Cf. JAUFFRET, *th. précit.*, Introduction *in fine*.

droit de souscription indépendant, car il ne peut être question de le considérer comme un fruit ou comme un produit d'un titre.

389. Les actions nouvelles acquises en vertu de ce droit de souscription constitueront-elles aussi des propres ? Une raison d'en douter viendrait de ce qu'elles ont été souscrites à l'aide de deniers de communauté. Mais il ne faut pas oublier qu'elles résultent de l'exercice d'un droit propre. Il est certain qu'en réservant propre le droit de souscription, les époux ont entendu exclure de la communauté tout ce qui résulterait de l'usage de ce droit : les actions aussi bien que le prix de vente. D'ailleurs, la valeur : portion d'actif social, que représente le droit de souscription et qui est incontestablement propre, se trouve incluse dans l'action nouvelle. Le surplus de cette action apparaît comme un accroissement de cette valeur propre. L'action est donc propre pour le tout, sauf récompense à la communauté. D'autre part, la communauté a droit aux dividendes produits pendant son cours par cette action¹.

390. b) Si un droit de souscription indépendant est conféré à un époux pendant le mariage, il n'est pas douteux qu'il entre dans la communauté. Son attribution ne revêt pas habituellement le caractère d'une libéralité. Sans doute il constitue un avantage, mais il est concédé en considération de services rendus ou à rendre, en considération de l'intérêt, que la société pourra retirer de la présence de l'attributaire parmi ses membres. D'ailleurs il ne dispense pas celui-ci de libérer l'action souscrite. Le bénéfice, qu'il représente et qui est incorporé à l'action, est aléatoire ; il peut même se convertir en perte ; s'il persiste, il est amalgamé avec les autres bénéfices attachés à l'action. Le fait qu'il peut être réalisé immédiatement par la vente ne saurait changer son caractère, qui résulte tant de la cause de son attribution que des conditions et des conséquences de son utilisation conforme à sa destination ; il ne peut être gratuit en cas de vente et onéreux en cas d'exercice.

391. Lorsqu'il s'agit d'un droit de souscription conféré pendant le mariage au porteur d'un titre (part de fondateur, action d'une autre société) propre, quel sera son sort ? Nous

1. JAUFFRET, *th. précit.*, p. 212.

venons de dire qu'il n'avait pas le caractère d'un avantage gratuit, entrera-t-il donc dans la communauté ? Nous ne le pensons pas. Il est attribué à l'époux en raison de la possession d'un titre propre ; il s'annexe à ce dernier, en devient une dépendance ; il doit être considéré en fonction de ce titre. Lorsqu'un titre est réservé propre, tous les profits prévus ou imprévus, auxquels il donne naissance et qui n'ont pas le caractère de fruits, doivent demeurer propres. Le droit de souscription conféré pendant le mariage ne constitue pas un fruit du titre, il doit donc être exclu de la communauté¹. Nous en déduisons que les actions nouvelles souscrites en vertu de ce droit seront propres à l'époux titulaire. La communauté en aura la jouissance et récompense lui sera due, si elle a libéré de ses deniers lesdites actions. Si ce droit de souscription est vendu, le prix ne tombera dans la communauté qu'à charge de récompense.

392. C. Droit de souscription à des obligations. — Lors d'une émission d'obligations, la société peut réserver la souscription en totalité ou en partie aux actionnaires. Les obligations souscrites en vertu de ce droit de préférence par le titulaire d'une action propre prendront-elles le caractère de propres ? Nous admettrons l'affirmative pour les mêmes raisons qu'en ce qui concerne les actions souscrites en vertu d'un droit de préférence accordé pendant le mariage au possesseur d'un titre propre antérieur autre qu'une action ancienne de la société. Il s'agit, en effet, dans les deux cas, non d'un droit destiné à préserver le titulaire d'une perte, mais d'un avantage non périodique attaché à un titre.

393. D. Actions souscrites à titre réductible par des anciens actionnaires. — Le droit de souscription doit être exercé dans un certain délai à peine de déchéance. D'autre part, en vertu du principe de la souscription intégrale applicable aux augmentations de capital, toutes les actions émises doivent être souscrites. Les actions qui n'auront pas été souscrites dans le délai par ceux à qui un droit de priorité avait été conféré (ou leurs cessionnaires) pourront donc l'être par d'autres personnes, notamment par d'autres anciens actionnaires ayant déjà exercé leur droit de préférence. Si ceux-ci mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts

1. JAUFFRET, *th. précit.*, p. 213.

possédaient en propre leurs actions anciennes, les actions nouvelles qui leur seront ainsi attribuées en sus de celles qu'ils auront souscrites par préférence à titre irréductible leur deviendront-elles également propres ? Nous ferons une distinction.

Si la répartition des actions non souscrites par préférence est faite entre leurs souscripteurs, qu'ils soient déjà actionnaires ou non, proportionnellement au nombre des actions souscrites par chacun d'eux, nous déclarerons acquêts de telles actions obtenues par un ancien actionnaire, bien que ses actions anciennes lui fussent propres, car l'acquisition desdites actions nouvelles n'est fondée en rien sur la possession des actions anciennes.

Si les actions disponibles après le délai d'exercice du droit de souscription par préférence à titre irréductible, sont réparties d'abord entre les anciens actionnaires ayant souscrit à titre réductible proportionnellement au nombre d'actions anciennes possédées par chacun d'eux, nous déclarerons propres au contraire les actions nouvelles ainsi obtenues par un ancien actionnaire, dont les actions anciennes étaient propres. Sans doute ces actions nouvelles, à la différence de celles acquises en vertu du droit de préférence à titre irréductible, ne contiennent aucune fraction des actions anciennes, mais elles ont été attribuées à raison de la possession de ces dernières ; elles résultent donc d'un avantage attaché à des titres propres, avantage qui n'a pas le caractère de fruit. Il y a même raison de les exclure de la communauté que les actions acquises en vertu d'un droit de préférence accordé à des porteurs de titres propres autres que des actions anciennes, ou les obligations acquises en vertu d'un droit de préférence accordé aux actionnaires ayant conservé en propre leurs actions.

394. E. Actions souscrites en vertu de droits de préférence propres et communs. — Il se peut qu'un époux et la communauté possèdent chacun des actions d'une même société lors d'une émission d'actions nouvelles avec attribution d'un droit de préférence aux anciens actionnaires. Si les droits de souscription afférents aux actions propres et aux actions communes sont exercés ensemble, il y aura lieu de répartir les actions nouvelles délivrées entre les patrimoines propre et commun dans la même proportion que les actions anciennes.

Mais il se pourrait que le nombre des actions nouvelles ne soit pas exactement divisible suivant cette proportion. Par exemple, il faut trois actions anciennes pour en obtenir une nouvelle, et il y a deux actions anciennes propres et quatre communes donnant droit ensemble à deux actions nouvelles. De même un époux titulaire d'un nombre d'actions propres insuffisant pour lui permettre de souscrire à une action ou à un nombre entier d'actions nouvelles achète les droits de préférence qui lui sont nécessaires à cet effet. Ces droits de préférence sont communs. Dans les deux cas, il y aura une action nouvelle sur laquelle la communauté et l'époux auront chacun des droits à faire valoir. La situation sera la même qu'au cas d'apport en société de biens propres et de biens communs ; elle doit être réglée d'après les mêmes principes. Nous déciderons donc que l'action nouvelle sera à la fois propre et commune dans la mesure des droits respectifs de l'époux et de la communauté. Ainsi, dans la première hypothèse, des deux actions nouvelles souscrites par préférence une appartiendra à la communauté et l'autre sera propre pour deux tiers et commune pour un tiers. Dans le deuxième cas, à supposer qu'il faille aussi trois actions anciennes pour en obtenir une nouvelle et que l'époux possédant deux actions anciennes ait acheté un droit de souscription, l'action nouvelle qui lui sera délivrée sera propre pour deux tiers et commune pour un tiers.

395. Il se peut aussi que chacun des époux possède en propre des actions d'une même société, qui augmente son capital pendant la communauté en conférant à ses anciens actionnaires un droit de préférence pour la souscription des actions nouvelles. Si les époux exercent ensemble leurs droits de préférence, ils auront droit chacun à un nombre d'actions nouvelles proportionnel au nombre d'actions anciennes qu'ils possédaient respectivement, et s'ils ne pouvaient obtenir ainsi chacun un nombre entier d'actions nouvelles, il y aurait une action nouvelle qui resterait indivise entre eux.

396. On peut supposer enfin que le total des droits de souscription possédés en propre par chacun des époux ne soit pas suffisant pour souscrire à une action nouvelle et que ceux-ci achètent les droits de souscription complémentaires. L'action nouvelle ainsi obtenue sera indivise entre l'un et l'autre époux et la communauté dans la proportion des droits de

souscription de chacun. Si, par exemple, une action nouvelle est attribuée contre dix anciennes, que le mari possède cinq actions anciennes, la femme trois, et qu'il soit acheté deux droits de souscription, l'action nouvelle acquise au moyen de ces dix droits de souscription appartiendra pour cinq dixièmes au mari, trois dixièmes à la femme et deux dixièmes à la communauté. Si, la proportion entre le nombre des actions anciennes et celui des actions nouvelles étant la même, le mari possédait vingt-deux actions anciennes, la femme quatorze, et qu'il soit acheté quatre droits de souscription, des quatre actions nouvelles qui seraient acquises au moyen de ces quarante droits de souscription, deux reviendraient au mari, une à la femme et la quatrième appartiendrait indivisément au mari pour deux dixièmes, à la femme pour quatre dixièmes et à la communauté pour quatre dixièmes.

§ V. — *Prime d'émission*

397. L'actionnaire est tenu de verser, soit immédiatement, soit par fractions, la totalité du montant nominal de son action, autrement dit l'émission ne peut avoir lieu au-dessous du pair. Cette règle dérive de celles de la souscription intégrale et du versement minimum du quart sur le montant nominal de l'action. Rien n'empêche, au contraire, d'émettre des actions au-dessus du pair, c'est-à-dire d'obliger le souscripteur à verser une somme supérieure au montant nominal. L'excédent de la somme à verser sur le montant nominal est appelé *prime d'émission*. L'émission avec prime peut avoir lieu soit à l'origine, soit lors d'une augmentation de capital. — En pratique, elle est surtout fréquente lors d'une augmentation de capital. Elle est destinée à maintenir la proportion entre le capital et l'actif social, après l'augmentation du capital, égale à celle dans laquelle ils se trouvaient auparavant, et à empêcher de la sorte la diminution de la valeur des actions anciennes. Elle joue ainsi un rôle analogue à celui du droit de souscription par préférence : rôle de sauvegarde des droits des anciens actionnaires à l'encontre des nouveaux sur les réserves apparentes ou occultes antérieurement constituées. Souvent même le droit de souscription et la prime d'émission sont combinés. — La prime imposée aux souscripteurs originaires ne peut évidemment avoir cette fonction, et c'est pourquoi elle est beaucoup plus rare en fait.

Elle servira alors principalement à couvrir les frais de constitution, d'émission et de premier établissement sans entamer le capital social, ou à rémunérer les fondateurs.

398. La communauté, en qualité d'usufruitière, peut-elle prétendre à un droit sur la prime ? Il convient, pour répondre à cette question, d'examiner la nature de la prime.

1^o D'après une première opinion, la prime est un bénéfice. Elle excède le capital social ; or, par définition même, tout ce qui excède le capital social est bénéfice. Cette thèse a été consacrée par la jurisprudence italienne et la jurisprudence belge¹.

Mais on ne peut admettre qu'une somme versée par les associés constitue pour ceux-ci un bénéfice. Réaliser un bénéfice, c'est retirer plus que ce qu'on a dépensé. En retirant la prime, les actionnaires ne font que recouvrer ce qu'ils ont versé. La définition invoquée du bénéfice suppose que ce qui excède le capital social n'a pas été fourni par les associés.

Dira-t-on que la prime, si elle ne constitue pas un bénéfice pour les nouveaux actionnaires qui l'ont versée, en constitue un pour les anciens actionnaires ? Ce serait également inexact. Elle permet à ces derniers de conserver intégralement la part de réserves à laquelle ils avaient droit avant l'émission nouvelle. Elle leur évite une perte, elle ne leur procure pas de bénéfice.

On dit enfin que la prime est un capital vis-à-vis de l'associé et un bénéfice vis-à-vis de la société. Mais cette distinction ne nous paraît pas fondée : dans le patrimoine social, la prime figure comme un élément producteur et non comme un élément produit. Au surplus, sa nature vis-à-vis de l'associé seule nous importe.

2^o Dans une autre opinion, on regarde la prime comme un accroissement irrégulier du capital nominal. En conséquence, elle doit être inscrite au passif en sus du capital. Les créanciers sociaux y gagneront un supplément de garantie et les actionnaires seront ainsi assurés qu'elle ne disparaîtra pas aussitôt versée².

1. Cass. Rome (ch. réunies) 19 février 1910 et Bruxelles, *Rev. Prat. des Sociétés de Belgique* 1913, p. 102, cités par DASTÉ, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, thèse Toulouse 1925, p. 68 et s.

2. LÉON LYON-CAEN, *Rev. Soc.* 1909, p. 189.

Mais le capital social, à la différence du fonds social, n'est pas susceptible d'accroissement. Il est invariable et ne comprend rien d'autre que le montant nominal des actions (art. 34 C. Com.).

3^o D'après une troisième opinion, qui rallie la majorité des auteurs¹, la prime forme un supplément d'apport. Aux termes de l'article 1832 C. Civ., l'apport est tout ce que l'associé met en commun. La prime versée lors de la constitution de la société est donc un apport ; et la prime versée lors d'une augmentation de capital est également un apport, car elle fait partie des biens mis en commun par les nouveaux actionnaires en exécution du nouveau contrat de société qui intervient entre eux et les anciens actionnaires. Les actionnaires nouveaux apportent à la société des mises de fonds équivalentes à celles des actionnaires anciens ; « ils versent en une seule fois ce que les autres ont donné en plusieurs fois quand ils ont abandonné une partie de leurs bénéfices pour constituer des réserves »². Il n'y a pas, en effet, identité nécessaire entre le capital social et les apports ; la règle de fixité du capital n'a été établie qu'en faveur des créanciers sociaux et ne s'applique qu'au capital annoncé par les statuts.

On a fait valoir contre cette opinion plusieurs objections. L'apport est un élément nécessaire du contrat de société ; la prime est purement facultative. La prime n'est rémunérée par aucune part de bénéfices, puisque ceux-ci sont calculés seulement sur le montant nominal des actions. C'est là, à notre sens, la critique la plus forte que l'on puisse adresser à la conception - apport de la prime. Aux termes de l'article 1832 C. Civ., « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra

1. HOUPIN et BOSVIEUX, I, n^o 633 et II, n^o 889 ; AMIAUD, *Comptes de réserves* (2^e éd.), p. 138 et s. et 438 et 439 ; MAGUÉRO, *Tr. alph. des dr. d'enreg.* V^o Société, n^o 192 ; HOUPIN, *Du caractère et de l'affectation de la prime d'émission d'actions*, J. Soc. 1915, p. 145 et s., *Du caractère des primes d'émission d'actions*, J. Soc. 1921, p. 241 et s., *Conséquences au point de vue civil du caractère des primes d'émission*, J. Soc. 1922, p. 145 et s. ; BARATIN, *De la prime d'émission d'actions*, Rev. Soc. 1920, p. 65 et s. ; DASTÉ, *th. précit.*, p. 81 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 184.

2. VIVANTE, *Tr. dr. comm.*, II, n^o 485.

en résulter ». Il ressort de cette définition que tous les biens mis en commun, c'est-à-dire les apports, doivent être destinés à produire des bénéfices, et que les bénéfices doivent être appréciés d'après la totalité des apports. Il doit donc y avoir identité entre le capital nominal, qui seul sert à déterminer les bénéfices, et les apports originaux.

Enfin, lors du partage de l'actif social après dissolution, le montant nominal des actions est d'abord remboursé à titre de restitution de l'apport, tandis que la prime ne l'est pas¹.

Nous ajouterons qu'il est inexact de voir dans la prime d'émission un apport global des nouveaux actionnaires correspondant aux apports successifs, faits par les anciens actionnaires, des portions de bénéfices dont sont formées les réserves antérieures. Pour considérer les réserves comme provenant d'un apport des anciens actionnaires, il faut admettre qu'elles sont des fruits accumulés. Or, nous savons qu'elles sont, au contraire, directement constituées par l'aménagement de la société. Les anciens actionnaires n'ayant jamais eu aucun droit sur elles n'ont pu les verser à la société. Pas plus les réserves antérieures que la prime d'émission ne peuvent donc être regardées comme l'objet d'un apport.

4° D'après une quatrième opinion, la prime est une sorte de *droit d'entrée*, un versement, qui, en vue de l'exercice du droit de souscription est imposé, par ceux qui disposent de ce droit, en représentation de sa valeur et comme une charge de son exercice. Autrement dit, la prime est une charge du droit de souscrire².

Cette conception cadre exactement avec le rôle que la prime d'émission joue en cas d'augmentation de capital: Nous savons que les nouveaux souscripteurs vont alors bénéficier d'une partie du produit de l'activité antérieure de la société, produit devant légitimement revenir aux anciens actionnaires. On comprend que ces derniers, qui décident l'augmentation du capital et sont libres de régler la souscription comme ils l'entendent, qui, en un mot, disposent du droit de souscrire, fassent payer aux nouveaux souscripteurs les avantages

1. Jeanne VANDAMME, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse Paris 1928, n° 146.

2. J. VANDAMME, *th. précit.*, n° 188. Cf. WAHL, *Etude sur l'augmentation du capital*, Ann. de dr. comm. 1893 et 1894, p. 41, n° 36, et *Précis*, n° 657.

qu'ils vont obtenir par le seul fait de leur entrée dans la société. Deux moyens s'offrent à eux : ils peuvent ou bien se réserver le droit de souscription, ce qui leur permettra de le vendre individuellement s'ils ne veulent pas l'exercer, ou bien imposer aux souscripteurs le versement d'une prime en sus du montant nominal de l'action. La prime apparaît donc bien comme la contre-partie du droit de souscrire. Par le contrat de souscription, en effet, le souscripteur s'oblige seulement à libérer le montant nominal de l'action souscrite ; l'engagement qu'il prend de verser une somme supplémentaire résulte d'un contrat ou avant-contrat distinct, le contrat de prime, qui tend à la conclusion du contrat de souscription. Ces deux contrats, en fait, se concluent et s'exécutent sans doute en même temps, mais juridiquement ils sont différents.

À l'origine de la société, la prime d'émission a une nature semblable. Ce sont alors les fondateurs qui disposent du droit de souscrire. Ils peuvent imposer aux souscripteurs le paiement d'une prime en sus de l'apport proprement dit. Cette prime, non inscrite au passif social, permettra de couvrir les frais de premier établissement sans entamer le capital et de distribuer par suite plus rapidement un dividende.

Il y a un cas, il est vrai, où la prime d'émission ne semble pas avoir la nature que nous venons de lui reconnaître : c'est celui où elle est exigée du titulaire du droit de souscription. Celui qui possède le droit de souscrire ne devrait pas payer une prime précisément destinée à l'acquérir. Cependant cette pratique répond à des nécessités de fait : notamment, quand le droit de préférence est réservé à une seule catégorie d'actionnaires, il est juste que ceux-ci versent une prime pour compenser la perte subie par les anciens actionnaires non munis du droit de préférence. D'autre part, les titulaires du droit de souscription peuvent s'imposer, comme condition de son exercice, le versement d'une prime destinée à réduire la modification qu'apportera l'émission nouvelle à la proportion existant antérieurement entre le capital et l'actif social. Les considérations de fait, qui expliquent cette combinaison, ne sauraient effacer le caractère primordial de la prime : elle est bien au fond le prix total ou partiel du droit de souscription, une charge du droit de souscrire.

399. La jurisprudence française sur la nature de la prime d'émission est divergente.

En matière fiscale, la Cour de Cassation a décidé que le rachat de parts de fondateur au moyen des primes équivalait à une distribution de bénéfices passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières institué par la loi du 29 juin 1872¹, tandis que la Commission Supérieure des Bénéfices de Guerre a considéré la prime comme un supplément d'apport ne devant pas entrer en ligne de compte pour l'établissement des bénéfices antérieurs à 1914, quand elle a été versée avant 1914². C'est en ce dernier sens que s'est prononcé le Tribunal Civil de Lyon, en déclarant la prime d'émission passible du droit proportionnel établi par la loi du 28 avril 1893 sur les apports en société³.

En matière civile, la Cour de Douai a décidé que « bien que la prime prélevée sur l'émission des dernières actions soit un bénéfice extraordinaire, elle n'en constitue pas moins un bénéfice fait par la société et pour la société » et est par suite susceptible d'être répartie entre les actionnaires, à l'encontre des créanciers sociaux, à la condition que le capital social soit entier lors de sa distribution⁴. Les juges de première instance avaient formulé sur la nature de la prime une opinion plus détaillée : « Considérant, disaient-ils, qu'elles (les primes d'émission) ont constitué un bénéfice extraordinaire en dehors des affaires de la société, et qu'en augmentant le nombre des actions, c'est-à-dire en aliénant partie de leur propriété, les actionnaires étaient en droit de déterminer comme bon leur semblait les conditions de cette aliénation ; qu'ils n'avaient pas contracté d'autres obligations à l'égard des tiers que celle de verser dans la caisse sociale la

1. Cass. Req. 21 janvier 1920, D. P. 1922, I, 207, *Rev. Enreg.*, n° 6740. V. cep. Cass. Civ. 4 avril 1922, *Rev. Soc.* 1923, p. 480, d'après lequel une distribution faite aux actionnaires est passible de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières, lorsqu'il est établi qu'elle ne comprend nullement la restitution de leurs apports ou d'une prime d'émission. Est-ce l'indice d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de Cassation sur la nature de la prime d'émission, envisagée au point de vue de l'application de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières ?

2. Comm. Sup. des Bénéf. de Guerre 31 janvier 1919, *Rev. de la Contribution sur les bénéfices de guerre*, art. 514.

3. Trib. Civ. Lyon 11 juillet 1924, *Rec. des Sommaires* 1925, n° 1173 ; 3 juillet 1925, *Rec. des Sommaires* 1926, n° 1150.

4. Douai 26 mai 1865, S. 1866, II, 157, J. Pal. 1866, I, 686.

valeur nominale des nouvelles actions¹ ». Cette manière de voir paraît bien voisine de celle d'après laquelle la prime est une charge du droit de souscrire. Ne nous présente-t-elle pas le versement de la prime comme une condition mise par les anciens actionnaires à l'admission des nouveaux souscripteurs dans la société ? Certes, elle qualifie la prime de bénéfice, mais elle ajoute bénéfice extraordinaire, en dehors des affaires de la société. — Dans une espèce où il s'agissait de savoir si les parts de fondateur avaient pu être valablement rachetées, à l'égard des créanciers sociaux, avec les primes perçues par la société lors d'une augmentation de capital, la Cour de Cassation a statué dans le sens de la négative, parce que « le montant du bénéfice dont il s'agit (les primes), confondu avec le reste de l'actif social, (avait) été absorbé par les besoins de la société² ». Mais il est à remarquer que cette qualification de bénéfice donnée aux primes par cet arrêt de la Cour de Cassation a été simplement empruntée à l'arrêt attaqué et n'a pas déterminé la solution. Celle-ci apparaît comme une solution d'espèce plutôt que comme une solution de principe.

400. De cet examen de sa nature nous n'hésitons pas à conclure que la prime d'émission ne peut être revendiquée par la communauté d'acquêts en qualité d'usufruitière. — Cela n'est pas douteux, si l'on considère la prime d'émission comme un accroissement du capital social ou un supplément d'apport³. — Cela ne l'est pas davantage, si on la considère comme un droit d'entrée ou une charge du droit de souscrire⁴. Elle équivaut alors au prix de vente du droit de souscription, elle représente la même valeur que lui, c'est-à-dire une valeur de capital, elle est donc exclue au même titre de la communauté d'acquêts. — Il semble que l'attribution du caractère de bénéfice à la prime d'émission doive conduire à une solution contraire. Mais nous savons que les bénéfices ne sont pas par essence des fruits ; seuls deviennent tels ceux qui sont périodiquement distribués ; or, la prime est un bénéfice exceptionnel, elle ne se reproduira peut-être jamais, elle

1. Trib. Civ. Cambrai sous Douai 26 mai 1865 *précité*.

2. Cass. Civ. 20 juin 1917, S. 1917, I, 33, note de M. LYON-CAEN.

3. PLANIOL, RIPERT et PICARD, III, n° 793 ; DASTÉ, *th. précit.*, p. 176 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 185.

4. J. VANDAMME, *th. précit.*, n° 193.

n'a en tout cas aucun caractère de périodicité. Elle ne saurait donc être considérée comme un fruit revenant à la communauté¹. L'arrêt de la Cour de Cassation assujettissant les distributions de primes à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières institué par la loi du 29 juin 1872² ne saurait être invoqué en sens contraire, car, d'après l'article 1^{er} de ladite loi, cet impôt frappe « les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions », et la Cour de Cassation se base sur la généralité de ces termes pour déclarer passibles de cet impôt les distributions de réserves³, auxquelles elle refuse cependant le caractère de fruits revenant à l'usufruitier ou à la communauté d'acquêts⁴.

En conséquence, n'entreront dans la communauté d'acquêts qu'à charge de récompense :

1^o Les sommes allouées à l'époux titulaire d'une action ancienne propre dans la distribution⁵ aux anciens actionnaires des primes d'émission versées par les nouveaux actionnaires⁶ ;

1. DASTÉ, *th. précit.*, p. 175-177 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 185.

2. Req. 21 janvier 1920 *précité*.

3. Civ. 11 avril 1927, S. 1927, I, 240.

4. V. arrêts précités à propos des Réserves (*supra*, § II).

5. Les primes peuvent-elles être distribuées ? On l'a contesté (LÉON LYON-CAEN, *Rev. Soc.* 1909, p. 188 et des auteurs étrangers : VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, n° 584 (traduction ESCARRA) cités par DASTÉ, *th. précit.*, p. 143). Mais, dès lors que les primes ne font pas partie du capital social ou n'en constituent pas un accroissement, les actionnaires sont libres de les employer comme ils veulent. Aucune disposition de la loi française ne s'oppose à leur répartition (LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 725 bis ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 633 et II, n° 889 ; AMIAUD, *Comptes de réserves* (2^e éd.), p. 138 ; ROUSSEAU, *Inventaires et Bilans*, p. 71 ; WAHL, *Ann. de dr. comm.* 1894, n° 152 ; THALLER, *Ann. de Dr. Comm.* 1895, p. 236 ; HOUPIN, *J. Soc.* 1915, p. 145 ; DASTÉ, *th. précit.*, p. 143). Par contre, certaines législations étrangères (allemande, autrichienne, suédoise, japonaise) prescrivent l'affectation de la prime à la constitution d'une réserve légale indisponible.

6. Cette distribution de la prime aux anciens actionnaires peut avoir été prescrite par l'assemblée générale qui a décidé l'émission nouvelle. Mais pourrait-elle être ordonnée par une assemblée générale ordinaire postérieure à l'émission ? Non, elle ne pourrait l'être que par une décision de l'assemblée extraordinaire, ratifiée par l'assemblée spéciale des nouveaux actionnaires, car ceux-ci ont, du fait de la souscription, un droit acquis

2° Les sommes allouées à l'époux titulaire d'une action propre dans une distribution de réserves constituées à l'aide de primes d'émission.

La communauté d'acquêts profitera, d'ailleurs, de l'accroissement de dividende que les primes d'émission produiront. Cet accroissement aura lieu notamment, lorsqu'elles ne seront affectées à la constitution d'aucune réserve spéciale, et viendront par suite grossir l'actif distribuable.

§ VI. — *Dividendes ou intérêts
distribués en l'absence de bénéfices*

401. Résumons les points acquis relativement au droit de jouissance de la communauté d'acquêts sur les parts sociales propres des époux.

Les bénéfices ne sont pas des fruits par essence.

Seuls constituent des fruits et entrent dans la communauté les bénéfices périodiquement distribués.

Certains droits attachés aux parts sociales, bien qu'ils représentent une valeur en excédent sur le capital nominal : droit aux réserves, à l'amortissement, droit de souscription, droit sur la prime d'émission, n'ont pas le caractère de fruits et sont exclus, en conséquence, de la communauté. Celle-ci profite seulement de l'accroissement de revenus, qu'ils sont susceptibles de produire.

Mais il y a des cas où le titulaire d'une part sociale reçoit, à titre de dividendes périodiques ou d'intérêts, des sommes prélevées sur l'actif social en l'absence de bénéfices : dividendes fictifs, acomptes sur dividendes, intérêts fixes. Ces dividendes ou intérêts doivent-ils être considérés comme des fruits entrant dans la communauté ou comme des parcelles de capital appartenant en propre à l'époux associé ? Nous allons examiner cette question successivement pour les dividendes fictifs, les acomptes sur dividendes et les intérêts fixes.

402. I. **Dividendes fictifs.** — Les dividendes fictifs sont des sommes distribuées à titre de bénéfices; bien qu'elles ne correspondent pas à des bénéfices réels. Constituent-ils néan-

sur tout l'actif social, et par conséquent sur la prime qui vient grossir cet actif, si du moins son attribution aux anciens actionnaires n'a pas été stipulée comme condition de la souscription (DASTÉ, *th. précit.*, p. 143 et s.).

moins des fruits ? Cette question est envisagée par les auteurs et par la jurisprudence pour savoir si les articles 549 et 550 C. Civ. relatifs à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi sont applicables aux dividendes fictifs, autrement dit si l'obligation de restitution des dividendes fictifs est subordonnée à la mauvaise foi de l'associé qui les a reçus.

En ce qui concerne les sociétés de personnes, aucun texte ne prévoit la répétition des dividendes fictifs. Il y a donc lieu de se référer aux principes généraux. D'après la doctrine dominante et la jurisprudence¹, les dividendes fictifs sont des parcelles du capital social, indûment remboursées aux associés. Le capital social doit, en effet, rester intégralement le gage des créanciers ; il ne peut être réduit que suivant les formes prescrites. Dès lors, les associés, même de bonne foi, qui ont touché des dividendes fictifs, sont tenus de les restituer, conformément à l'article 1376 du Code Civil (paiement de l'indû). Ils ne sauraient invoquer les articles 549 et 550 du même Code, qui visent exclusivement les fruits. — L'opinion contraire a cependant des partisans². Sans doute, disent-ils, à l'égard de la société les dividendes fictifs sont une portion du capital, mais à l'égard des associés, qui les ont reçus de bonne foi, ce sont des fruits civils, des revenus, puisque dans leur croyance ils correspondaient à des bénéfices réels. Ces associés sont donc de véritables possesseurs de bonne foi, auxquels les articles 549 et 550 C. Civ. sont applicables. — Mais la situation de ces associés et celle prévue par les articles 549 et 550 C. Civ. sont essentiellement différentes. Ces articles supposent une personne possédant la chose d'autrui. Ils la dispensent, si elle est de bonne foi, de rendre au véritable propriétaire les fruits perçus, non la chose elle-même. Les associés ne possèdent pas la chose d'autrui. Ils sont propriétaires d'une part sociale productive de revenus. Il s'agit précisément de savoir si les dividendes fictifs peuvent être regardés comme des revenus de cette part sociale. Une réponse négative s'impose. Les revenus des parts sociales sont des fruits par la volonté de l'homme. Ils con-

1. THALLER et PIC, I, n° 512 ; HOUPIIN et BOSVIEUX, I, n° 317 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 584 ; THALLER, n° 382 ; WAHL, *Précis*, n° 630 ; Cass. Civ. 15 novembre 1910, S. 1911, I, 5.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 539 et LYON-CAEN, note S. 1911, I, 5, sous Civ. 15 novembre 1910 *précité*.

sistent dans les sommes réparties périodiquement entre les associés d'après les principes généraux qui régissent les sociétés et d'après les stipulations particulières conformes à ces principes. En règle générale et réserve faite de ce qui sera dit à propos des intérêts fixes, la société ne peut distribuer aux associés que des bénéfices. Les dividendes fictifs sont donc des fruits fictifs. L'erreur de celui qui les reçoit porte sur la réalité de leur caractère de fruits, tandis que l'erreur du possesseur de bonne foi porte sur la réalité de son droit sur la chose. Les articles 549 et 550 C. Civ. en permettant au possesseur de bonne foi de conserver les fruits par lui perçus n'envisagent très certainement que les fruits réels. On ne saurait déduire de ces articles que la bonne foi imprime, au regard de celui qu'elle anime, le caractère de fruits à des choses qui sont en réalité dépourvues de ce caractère. Dans le cas de distribution de dividendes fictifs, l'associé a reçu ce qu'il n'aurait pas dû recevoir ; il y a donc eu paiement de l'indû, l'article 1376 C. Civ. oblige *l'accipiens* à restituer ce qu'il a indûment reçu sans distinguer s'il est de bonne ou mauvaise foi¹. L'article 35 de la loi du 7 mars 1925 a expressément consacré cette thèse en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée : il admet la répétition des dividendes fictifs sans restriction au profit des associés de bonne foi. — Les dividendes fictifs distribués par les sociétés de personnes ou les sociétés à responsabilité limitée ne sont donc pas des fruits.

403. Avant la loi du 24 juillet 1867, les mêmes principes étaient généralement admis en jurisprudence, en ce qui concernait les dividendes fictifs distribués par les sociétés par actions. La loi du 24 juillet 1867 dispose, pour les sociétés en commandite par actions (art. 40) et pour les sociétés anonymes (art. 45), qu'« aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où

1. L'action en répétition de dividendes fictifs revêt en même temps le caractère d'une action en reversement d'apport et rentre par suite dans la compétence de la juridiction commerciale : Cass. Req. 3 mars 1863, S. 1863, I, 137, J. Pal. 1863, 644, D. P. 1863, I, 125 ; Caen 16 août 1864, S. 1865, II, 33 ; Pau 18 décembre 1865, S. 1866, II, 178 ; Bourges 21 août 1871, S. 1871, II, 257 ; *contra* : Cass. Civ. 8 mai 1867, S. 1867, I, 253, J. Pal. 1867, 642.

la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ». D'après la majorité des auteurs¹, cette disposition modifie la nature des dividendes fictifs distribués par les sociétés par actions. Elle les assimile aux fruits perçus par le possesseur de la chose d'autrui. Elle édicte une présomption irréfragable de mauvaise foi à l'égard des actionnaires qui ont touché les dividendes en l'absence d'inventaire ou contrairement aux résultats de l'inventaire, mais elle ne restreint pas l'action en répétition à ces deux cas. Cette action est recevable d'une manière générale contre les actionnaires de mauvaise foi. Seulement, en dehors des deux cas spécifiés par la loi, la mauvaise foi des actionnaires doit être prouvée. A défaut de preuve contraire, l'inventaire, dont les résultats apparents permettent la distribution, est le juste titre putatif des actionnaires. En somme, à l'égard des actionnaires de bonne foi, les dividendes fictifs sont des fruits putatifs. De même que la volonté consciente, la bonne foi peut produire des fruits.

La jurisprudence ne s'est pas ralliée à cette doctrine². Pour elle, la loi de 1867 n'a pas imprimé le caractère de fruits putatifs aux dividendes fictifs des sociétés par actions, à l'égard des actionnaires de bonne foi. Elle n'a pas basé l'action en répétition sur la mauvaise foi des actionnaires mais sur ces deux faits : distribution en l'absence d'inventaire, distribution non conforme aux résultats de l'inventaire. Cette action est irrecevable, si l'une ou l'autre de ces deux conditions n'est pas réalisée, la mauvaise foi de l'actionnaire fût-elle prouvée.

C'est la jurisprudence qui, selon nous, fait une interprétation exacte de l'article 10 de la loi du 24 juillet 1867. « Aucune répétition de dividendes, dit cet article, ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où... ». Cette formule exclut l'action en répétition dans tous les autres cas. Elle ne laisse pas place à la mauvaise foi. Elle montre que le législateur n'a pas voulu prendre en considération la bonne ou mauvaise foi des actionnaires mais uniquement ces deux

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 891 ; THALLER, n° 382 ; THALLER et PIC, II, n° 1214 ; ARTHUYS, n° 663 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n° 1419 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 580.

2. Paris 20 janvier 1888, D. P. 1889, II, 265, note de M. BOISTEL. Dans le même sens CROIZAT, *th. précit.*, p. 85 et s.

faits objectifs : la confection d'un inventaire, la concordance entre les résultats de l'inventaire et les dividendes distribués. La mauvaise foi n'est d'ailleurs pas dépourvue de sanction : elle fonde une action en dommages-intérêts (art. 1382 C. Civ. et 44, l. 1867). Mais si les dividendes fictifs distribués par les sociétés par actions en conformité d'un inventaire inexact ne sont pas des fruits putatifs, ils peuvent, par contre, être considérés comme des fruits formels ou apparents. Etant à l'abri de toute répétition, à l'égard des actionnaires ils équivalent, en effet, à des dividendes réels, donc à des fruits. Quant aux dividendes fictifs distribués par les sociétés par actions en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire, ils ont la même nature que ceux distribués par les sociétés de personnes : ils ne sont pas des fruits.

404. A quelles conséquences conduit la notion ainsi dégagée des dividendes fictifs dans les rapports entre l'époux titulaire d'une part sociale propre et la communauté d'acquêts ?

Les dividendes fictifs des sociétés par actions, non sujets à restitution, sont définitivement acquis à la communauté qui les a touchés. Ils ont le caractère de fruits apparents aussi bien vis-à-vis de l'époux que vis-à-vis des créanciers sociaux.

Mais *quid* des dividendes fictifs des sociétés de personnes et des sociétés à responsabilité limitée ou de ceux des sociétés par actions distribués en l'absence d'inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ? Ils ne sont pas des fruits, ils sont des parcelles de capital. On a contesté, il est vrai, cette expression, parce que leur distribution n'empêche pas l'associé de rester créancier vis-à-vis de la société de la totalité du montant nominal de sa part ; les dividendes fictifs sont des portions d'actif. Soit, mais portions d'actif destinées à gager le capital social, donc représentant une valeur de capital. Théoriquement, la communauté d'acquêts n'a, par conséquent, aucun droit sur les dividendes fictifs. En fait, qu'arrivera-t-il ?

Si l'action en répétition est exercée par les créanciers sociaux, la communauté sera obligée de rapporter à la société les sommes indûment perçues et l'époux associé en profitera, en tant du moins qu'elles ne seront pas absorbées par lesdits créanciers.

Mais, en dehors de cette hypothèse, l'époux aura-t-il droit

de réclamer une récompense à la communauté pour le montant des dividendes fictifs par elle encaissés ? La communauté pourra répondre à l'époux qu'une semblable prétention n'est pas fondée, car pas plus lui qu'elle n'est en droit de posséder des dividendes fictifs¹.

L'époux ne pourrait-il pas alors recourir à l'action en répétition ou en recomblement proprement dite, tendant à faire reverser à la société par la communauté les dividendes fictifs touchés par celle-ci ? Cette action est généralement exercée par les créanciers sociaux, ou le syndic en cas de faillite. On admet aussi les administrateurs à l'exercer pour le compte de la société, qui est elle-même intéressée à la reconstitution de son capital². Si, conformément à l'opinion dominante³, les actions sociales sont celles qui ont pour but de maintenir, reconstituer ou augmenter l'actif social, l'action en répétition de dividendes fictifs, qualifiée aussi d'action en reversement d'apports, est sans nul doute une action sociale. Mais la jurisprudence permet aux actionnaires d'exercer individuellement une action sociale⁴. Il semble donc que l'action en répétition de dividendes fictifs puisse être exercée par l'époux contre la communauté. Il a intérêt à ce que les dividendes fictifs soient remis dans l'actif social où il pourra les retrouver plus tard. — Cette solution, cependant, soulève une grave objection. Toutes les actions sociales, citées comme susceptibles d'être intentées *ut singuli* par les actionnaires, sont dirigées contre les organes de la société et non contre d'autres actionnaires. Un actionnaire pourrait-il exercer contre son cédant l'action en répétition de dividendes fictifs ? Cela apparaît tout à fait douteux. La question se pose

1. Cf. la solution d'après laquelle les bénéfices résultant d'opérations illicites tombent dans la communauté, la question de nullité ne pouvant être soulevée que dans les rapports des époux et du tiers avec lequel les opérations ont été accomplies, et non dans les rapports des époux entre eux : Paris 4 août 1909, S. 1910, II, 71 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, note 10 bis.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 894 ; THALLER et PIC, II, n° 1215 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 534 ; Cass. 15 novembre 1869, D. P. 1871, I, 311 ; Bourges 21 août 1871, S. 1871, II, 257.

3. V. HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1425 et les références citées par ces auteurs.

4. V. HOUPIN et BOSVIEUX, II, nos 1431 et 1432.

d'une manière analogue dans les rapports entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, les époux et la communauté. Il semble bien qu'entre ces diverses personnes il n'existe que des actions individuelles. Ce qu'il y aurait lieu de se demander, c'est si le nouvel actionnaire, le nu-propriétaire, l'époux ne serait pas plutôt en droit d'actionner en responsabilité les administrateurs coupables d'avoir distribué des dividendes fictifs à l'ancien actionnaire, à l'usufruitier, à la communauté.

Admettons toutefois que l'action en répétition de dividendes fictifs puisse être exercée par les époux contre la communauté. A quel moment pourra-t-elle l'être ? Il faut distinguer entre le mari et la femme. Le mari, qui aura touché des dividendes fictifs en qualité de titulaire d'une part sociale à lui propre, ne pourra évidemment, pendant la communauté, intenter une action contre lui-même chef de communauté. Il n'aura qu'à restituer spontanément à la société les dividendes fictifs. Quant à la femme, elle ne saurait intenter une action de cette nature contre son mari pendant la communauté. Le mari, qui a pouvoir de recevoir les capitaux de sa femme, avait qualité pour toucher les dividendes fictifs, parcelles de capital, attribués à celle-ci. Les seules actions ouvertes à la femme, à raison de l'administration du mari, sont l'action en séparation de biens et l'action en responsabilité pour fautes de gestion, lorsque la communauté est dissoute.

A la dissolution de la communauté, le mari et la femme ou leurs représentants pourront réciproquement intenter contre l'autre ou les autres l'action en restitution des dividendes fictifs encaissés par la communauté. Cette action tendra à leur permettre de prélever sur la masse commune le montant des dividendes indûment perçus à la charge de les reverser à la société. On pourrait, il est vrai, objecter au mari demandeur qu'il n'aurait pas dû accepter ces dividendes ou aurait dû les restituer dès qu'il avait connu leur caractère fictif, mais la communauté ne peut conserver des biens irrégulièrement acquis.

L'action en répétition des dividendes fictifs des sociétés de personnes est prescriptible par trente ans à compter du jour de l'encaissement¹. L'action en répétition des divi-

1. LYON-CAEN et RENAUULT, II, n° 540 ; HOUPIN et BOSVIEUX, I, n° 317 ; Cass. 22 juin 1880, D. P. 1881, I, 18.

dividendes fictifs des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes (art. 10 al. 4, l. 24 juillet 1867 et art. 35 al. 2, l. 7 mars 1925). Cette prescription ne sera pas susceptible de suspension au profit de la femme, bien que celle-ci ne puisse agir contre la communauté : l'action dont s'agit n'est pas fondée sur un droit propre de la femme contre le mari, c'est une action sociale ; l'article 2253 C. Civ. n'est donc pas applicable.

Aussi, à supposer qu'une telle action soit possible théoriquement, apparaîtrait-elle bien peu pratique. Au surplus, le profit qu'en retirera l'actionnaire sera conditionnel et en tout cas minime, car tombant dans la caisse sociale il se répartira entre tous les actionnaires. Sans doute, l'actionnaire qui exerce une action sociale *ut singuli* doit agir en son nom personnel, dans la limite de son intérêt propre et du préjudice qu'il a subi, et l'on peut admettre que le dividende fictif touché par la communauté représente la mesure du préjudice éprouvé par l'époux. Mais on décide assez généralement qu'en raison de la nature de l'action le montant de la condamnation doit être versé dans la caisse sociale¹. D'après une autre opinion, — il est vrai, l'actionnaire agissant pour son compte personnel et dans la mesure de son intérêt ne peut obtenir de condamnation que dans cette mesure et il a droit de toucher le montant de cette condamnation². Mais cette solution concorde mal avec le but de l'action en restitution de dividendes fictifs. C'est à la société que doivent revenir les dividendes indûment distribués. Pas plus l'époux que la communauté n'est en droit de les détenir. Ceci montre encore combien il est difficile de concevoir l'action en répétition de dividendes fictifs exercée par un actionnaire contre un autre.

Nous concluons que pratiquement les dividendes fictifs afférents à une part sociale propre, sujets à restitution mais non répétés par les créanciers ou la société, bien qu'ils constituent des parcelles de capital, resteront définitivement acquis à la communauté qui les aura perçus.

405. II. **Acomptes sur dividendes.** — En principe, la répartition des bénéfices ne peut avoir lieu qu'après la clô-

1. HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 559, texte et note 2.

2. WAHL, *Précis*, n° 984.

ture de l'exercice et en vertu d'une décision de l'assemblée générale approuvant les comptes et fixant le dividende. Cependant, les statuts autorisent assez souvent le Conseil d'Administration à distribuer aux actionnaires, en cours d'exercice, un acompte, fixe ou indéterminé, sur le dividende. Cet acompte doit correspondre à des bénéfices existant lors de son paiement. Toutefois, à défaut de bénéfices ou de bénéfices suffisants au moment où il a été effectué, ce paiement sera validé, si les résultats de l'exercice font apparaître un solde bénéficiaire au moins égal. Sinon les actionnaires seront tenus de rapporter à la société l'acompte ou la partie de l'acompte indûment touchées¹.

L'acompte sur dividende est donc, en principe, un fruit entrant dans la communauté d'acquêts usufruitière de la part propre à laquelle il est afférent². Au cas où, ni lors de son paiement, ni lors de la clôture de l'exercice, n'existeraient des bénéfices correspondants, il constituerait un dividende fictif sujet à restitution, du moins si les résultats apparents de l'inventaire montraient l'absence ou l'insuffisance de bénéfices, et il profiterait à la communauté, comme tout dividende fictif, s'il n'était pas répété.

406. III. **Intérêts fixes.** — Très souvent les statuts allouent aux associés, en dehors du dividende proprement dit, un intérêt fixe du capital qu'ils ont apporté. Comme, en principe, les associés ne peuvent rien retirer de la société pendant son cours au delà des bénéfices réalisés, cet intérêt, à défaut de stipulation spéciale sur ce point, est pris sur les bénéfices, et, les années où il n'y aura pas de bénéfices, les associés ne toucheront pas d'intérêt. Quelle est alors l'utilité de la clause d'intérêt ? Celle-ci permet aux associés, en présence d'administrateurs et de porteurs de parts de fondateur ayant droit à un tant pour cent sur les bénéfices, de prélever l'intérêt de leur mise et de ne partager que le surplus des bénéfices avec les administrateurs et les porteurs de parts de fondateur dans

1. THALLER et PIC, II, n° 1181 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n° 1400 ; COPPER - ROYER, II, n° 362 ; WAHL, *Précis*, n° 936 ; Cass. Cr. 19 novembre 1887, *Rev. Soc.* 1888, 126 ; Lyon 12 mars 1885, S. 1886, II, 241 ; Trib. Seine 29 avril 1885, *Rev. Soc.* 1885, 422 ; 21 avril 1886, *J. Soc.* 1886, 783 ; Paris 18 mars 1887, *J. Soc.* 1890, 207 ; Aix 23 juin 1904, *J. Soc.* 1905, 316.

2. Cf. CROIZAT, *th. précit.*, p. 94.

la proportion donnée. D'autre part, lorsqu'il existe des actions amorties, ou actions de jouissance, et des actions non amorties, seules les actions non amorties reçoivent un intérêt.

Il est souvent aussi stipulé qu'au cas où l'intérêt ne pourrait être payé faute de bénéfices, il serait recouvré sur les bénéfices de l'exercice ou des exercices ultérieurs en même temps que les intérêts correspondant à cet exercice ; cette clause est appelée *clause d'intérêt cumulatif*.

Il n'est pas douteux que ces intérêts comme le surplus des bénéfices annuels distribués, produits par une part sociale propre, entrent dans la communauté. Une question se pose à propos des intérêts cumulatifs : pour déterminer ceux qui sont acquis par la communauté, faut-il considérer l'exercice auquel ils sont afférents ou celui où ils ont été payés. Nous examinerons cette question à la section suivante.

407. Mais il peut être également stipulé que l'intérêt de leur mise sera servi aux associés, même en l'absence de bénéfices. La validité de cette clause est depuis longtemps admise en jurisprudence¹ et n'est plus guère discutée aujourd'hui en doctrine². Pour la déclarer licite la Cour de Cassation se borne à affirmer que, consacrée par l'usage du commerce, elle n'a rien d'inconciliable avec les principes qui régissent les sociétés³. Elle est expressément autorisée relativement aux sociétés à responsabilité limitée par la loi du 7 mars 1925 (art. 34), mais seulement pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations. Il y a, en effet, certaines sociétés dont l'aménagement nécessitant d'importants ouvrages dure assez longtemps, ce qui éloigne d'autant la perspective des bénéfices : sociétés de mines, de chemins de fer, d'éclairage, d'eau. Ces sociétés trouveraient difficilement des capitaux, si elles ne pouvaient leur assurer une rémunération immédiate. C'est cette considération pratique qui a surtout incité à reconnaître la validité de la clause d'in-

1. Cass. Req. 19 mai 1847, S. 1847, I, 585, *J. Pal.* 1847, II, 199 ; Civ. 8 mai 1867, S. 1867, I, 253, *J. Pal.* 1867, 642.

2. LYON-CAEN et RENAUT, II, n° 553 ; THALLER et PIC, II, n° 1183 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 405 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1401 ; LABBÉ, note S. 1878, II, 225 et *J. Pal.* 1878, 967. Cf. WAHL, *Précis*, n° 937 ; COPPERTOYER, II, n° 363.

3. Civ. 8 mai 1867 *précité*.

térêt fixe même en l'absence de bénéfices. Mais sa validité, une fois admise théoriquement, doit l'être pour toute l'existence de la société et non seulement pour la période préparatoire¹. L'interdiction posée par la loi du 7 mars 1925 (art. 34) d'étendre la stipulation d'intérêt fixe au delà de cette période est donc spéciale aux sociétés à responsabilité limitée. Ajoutons que, dans toutes les sociétés, les intérêts fixes ne pourraient être payés que si le capital social n'est pas complètement absorbé par les pertes².

408. Les intérêts fixes servis en l'absence de bénéfices sont-ils des fruits revenant à la communauté d'acquêts ? Ne sont-ils pas plutôt des portions de capital, dont récompense est due à l'époux titulaire de la part sociale propre ?

D'après la majorité des auteurs, le paiement d'intérêts en l'absence de bénéfices équivaut à une restitution partielle de la mise. La clause d'intérêt fixe s'analyse en une stipulation de reprise d'une fraction du capital apporté, égale à l'intérêt de ce capital, pour le cas où il n'y aurait pas de bénéfices. Cette clause est licite : « Libre de faire un apport plus « ou moins considérable dans la société dont je veux être « membre, ne puis-je pas faire un apport conditionnel, ne « puis-je pas soumettre mon apport effectué à une condition « de restitution³ ? ». Seulement, cette stipulation aboutissant éventuellement à une réduction du capital social doit être mentionnée dans l'extrait publié par la voie des journaux (art. 57 l. 24 juillet 1867)⁴.

D'après une autre opinion, la clause d'intérêt fixe devrait être considérée non comme un élément de diminution éventuelle du montant du capital, mais comme une charge sociale. C'est bien ainsi qu'elle est conçue en pratique : fréquemment, les statuts portent que les intérêts des mises seront compris

1. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 553 ; *contra* : ARTHUYS, I, n° 478.

2. LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 556 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n° 1401 ; Paris 14 août 1868, S. 1868, II, 248 ; Cass. 8 mars 1881, S. 1881, I, 257.

3. LABBÉ, note S. 1878, II, 225 et *J. Pal.* 1878, 967, V. aussi TROPLONG, *Cont. de Soc.*, II, n° 191.

4. PONT, II, nos 1456 et 1490 ; LYON-CAEN et RENAULT, II, n° 557 ; THALLER et PIC, II, n° 1184 ; HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, n° 1401 ; FLOUCAUD-PÉNARDILLE, II, n° 851 ; ROUSSEAU, I, n° 915 ; LACOUR et BOUTERON, I, n° 406 ; LABBÉ, note précitée.

dans les frais généraux. Cette clause, dans l'esprit des stipulants, n'a pas pour but de réduire éventuellement le capital. S'il est entamé pour payer les intérêts, il devra être reconstitué au moyen des bénéfices ultérieurs, et c'est toujours sur son montant intégral que les intérêts des années suivantes seront calculés. En réalité, l'intérêt fixe représente la rémunération perçue en échange du dessaisissement de l'apport social et en compensation du risque de non remboursement. On objecte, il est vrai, qu'allouer cette rémunération à l'associé, c'est le transformer en prêteur ; il doit subir le dessaisissement de son apport et les risques de perte sans autre compensation que les chances de gains. Il subsiste cependant entre l'associé ayant droit à un intérêt fixe et le prêteur une différence essentielle : le prêteur est un créancier ordinaire qui concourt avec les autres créanciers ; au contraire, l'associé ne peut faire valoir son droit aux intérêts à l'encontre des créanciers sociaux ; en cas d'insolvabilité de la société, il est obligé de laisser à ceux-ci tout l'actif. De cette conception de la clause d'intérêt fixe-charge sociale, on tire cette conséquence : ladite clause, pas plus que les autres causes de frais généraux, n'a besoin d'être indiquée dans l'extrait publié dans les journaux¹.

409. On avait déduit d'un arrêt du 8 mai 1867 que la Cour de Cassation avait adopté d'une manière générale cette opinion². Mais, par un arrêt du 7 novembre 1899, la Cour Suprême a décidé que, tout en interprétant une clause du pacte social comme permettant au profit des associés le paiement des intérêts de leur mise même en cas d'absence de bénéfices, les juges du fait avaient pu conclure, de ce qu'il n'était pas fait mention de ces intérêts au nombre des frais généraux, que ces intérêts, dans les conditions où ils avaient été stipulés et payés, ne constituaient pas une charge sociale assimilable aux frais généraux et affranchie, comme telle, de la publicité prescrite par les articles 56 et 57 de la loi du 24 juillet 1867³. Il semblait donc résulter de cet arrêt que les intérêts fixes payables en l'absence de bénéfices ne consti-

1. Cf. THALLER, *J. Soc.* 1884, p. 471, 183, 391, 397, 465, 478, 570, 577.

2. Civ. 8 mai 1867, S. 1867, I, 253, *J. Pal.* 1867, 642.

3. Civ. 7 novembre 1899, S. 1901, I, 513 (note de M. WAHL), D. P. 1900, I, 369.

tuaient une simple charge sociale dispensée de publicité que si les statuts les avaient rangés au nombre des frais généraux. Mais deux arrêts subséquents vinrent déclarer que cette condition n'était pas encore suffisante. D'après le premier de ces arrêts, la stipulation des statuts, aux termes de laquelle les intérêts du fonds social sont compris dans les frais généraux et versés aux associés, sans être sujets à répétition, même s'il n'existe pas de bénéfices sociaux, « peut, selon les circonstances de la cause, être considérée comme constituant non une diminution déguisée du montant du capital, mais une des charges sociales dont la loi n'exige pas la mention dans l'extrait prescrit par les articles 56 et s. » ; il y a lieu de « vérifier en fait les conditions dans lesquelles ces intérêts ont été stipulés et payés¹ ». Et le second arrêt, rendu dans la même affaire sur pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de renvoi, précise : « les juges du fond sont tenus de rechercher, dans chaque espèce, si les conditions dans lesquelles la distribution a eu lieu n'ont pas eu pour but et pour résultat de dissimuler, sous les apparences d'une charge sociale, une réduction réelle et définitive du capital² ».

Le système de la Cour de Cassation n'en reste pas moins assez embrumé. La meilleure interprétation qu'on en puisse donner paraît être celle-ci : La clause d'intérêt fixe est susceptible de constituer soit une simple charge sociale, soit un élément de diminution éventuelle du capital. Cela dépend de l'intention des parties, ou, plus exactement de la manière dont elles appliquent cette clause. Lorsque les statuts ne comprennent pas les intérêts des mises parmi les frais généraux, il est à présumer que la clause dont s'agit comporte une diminution éventuelle du capital, à moins que les conditions dans lesquelles les intérêts ont été stipulés et payés ne prouvent le contraire³. Lorsque les statuts mentionnent les intérêts au nombre des frais généraux, il est à présumer que la clause constitue une simple charge sociale. Toutefois, les juges du fond devront « rechercher, dans chaque espèce, si les conditions dans lesquelles la distribution a eu lieu n'ont pas eu pour but et pour résultat de dissimuler, sous les appa-

1. Civ. 15 novembre 1910, S. 1911, I, 5 (note de M. LYON-CAEN), D. P. 1912, I, 97 (note de M. PERCEROU).

2. Civ. 5 mai 1915, S. 1915, I, 65 (note de M. LYON-CAEN).

3. Civ. 7 novembre 1899 *précité*.

rences d'une charge sociale, une réduction réelle et définitive du capital ».

Il s'agit de préciser le sens de cette formule. Pour que la réduction du capital soit réelle et définitive, il ne suffit pas que l'actif net soit descendu au-dessous du capital nominal, il faut encore que le montant du capital inscrit au passif soit réduit corrélativement. Sinon le capital peut toujours être reconstitué à l'aide des bénéfices ultérieurs, qui doivent être employés à cet effet.

Les intérêts payés en l'absence de bénéfices sont-ils inscrits seulement au compte de profits et pertes avec les autres frais généraux, le capital nominal étant maintenu au passif pour son montant intégral, il y a une simple diminution d'actif, une perte que le produit des exercices postérieurs sera susceptible de réparer. La clause d'intérêt fixe ainsi entendue et mise en jeu constitue une charge sociale dispensée de la publicité des articles 56 et 57 de la loi de 1867.

Les prélèvements effectués sur l'actif pour le paiement des intérêts en l'absence de bénéfices ont-ils été accompagnés d'une réduction correspondante du capital au passif, la clause, en vertu de laquelle ces prélèvements ont été faits, a entraîné une diminution réelle et définitive du capital social. Cette clause, pour que la réduction soit opposable aux tiers, doit donc avoir été comprise dans l'extrait publié dans les journaux ; il faut même que la réduction une fois réalisée soit publiée dans les formes légales et que les pièces, actes et documents émanant de la société ne mentionnent plus que le capital réduit (art. 64 l. 24 juillet 1867)¹, car ce sont seulement les augmentations ou les diminutions de capital des sociétés à capital variable qui peuvent être opérées sans publicité autre que la publicité originaire du pacte social (art. 62 l. 24 juillet 1867).

La nature de la clause d'intérêt fixe n'est donc pas définitivement fixée lors de son insertion aux statuts. Néanmoins les associés feront bien de publier cette clause : en cas d'absence de bénéfices, ils auront ainsi le choix ou de se borner à inscrire les intérêts au compte de profits et pertes, ou de réduire définitivement le capital².

1. LYON-CAEN, note S. 1915, I, 65.

2. Cf. PERCEROU, note D. P. 1912, I, 97 ; LYON-CAEN, note précitée ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 105 et s.

410. Ce système nous paraît critiquable. Nous ne pensons pas que la clause d'intérêt fixe puisse avoir deux significations. Selon nous, elle emporte toujours une diminution éventuelle de l'actif, jamais une diminution éventuelle du capital. Les parties en stipulant les intérêts de leur mise même en l'absence de bénéfices n'ont vraisemblablement pas voulu, même en ce cas, reprendre partiellement leur mise sous forme d'intérêts, réduire le capital. Elles ont entendu, malgré les pertes, laisser figurer l'intégralité du capital au passif, ne pas renoncer à reconstituer le capital à l'aide des bénéfices ultérieurs, conserver leur droit au remboursement de la totalité de leur mise, continuer à percevoir l'intérêt de la totalité de celle-ci. Si elles avaient eu la pensée contraire, elles auraient dû l'exprimer clairement ; une telle pensée ne saurait être déduite d'une simple clause d'intérêt, ni même du fait de la publication. S'ensuit-il que cette clause ne doive pas être mentionnée dans l'extrait publié ? Nous ne le croyons pas. Elle est susceptible de diminuer le gage annoncé aux créanciers. Mais, dit-on, c'est une charge sociale ; pas plus que les autres charges sociales ou frais généraux, elle n'est assujettie à publicité. Cependant, elle est une charge extraordinaire. L'extrait doit contenir le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires (art. 57 l. 24 juillet 1867). Généralement les apports sont faits sans réserve d'intérêt en cas d'absence de bénéfices ; s'ils sont faits avec cette réserve d'intérêt, il faut l'indiquer, sinon l'importance de l'apport serait insuffisamment déterminée¹.

411. Lorsque les intérêts payés en l'absence de bénéfices constituent une simple charge sociale, lorsque leur distribution n'a pas pour effet de réduire le capital, et, selon nous, elle ne peut avoir cet effet sans stipulation expresse, les intérêts sont sans aucun doute des fruits, comme les intérêts de tous les capitaux (art. 584 C. Civ.). Peu importe le fait qu'ils sont prélevés sur l'actif destiné à couvrir le capital social. Les intérêts sont des fruits par la volonté de l'homme. Nous savons que l'homme peut imprimer le caractère de fruits à des produits dont la perception épuise la substance de la chose : extraits des mines, carrières, arbres de haute futaie.

1. Cf. HOUPIŒ et BOSVIEUX, II, p. 512, note 1 *in fine*.

arrérages de rente viagère. En stipulant des intérêts même en l'absence de bénéfices, les associés ont montré qu'ils préféraient toucher un revenu plutôt qu'assurer la conservation de leur capital. Les intérêts payés à titre de charge sociale, en l'absence de bénéfices, au titulaire d'une part sociale propre entrent donc définitivement dans la communauté¹.

A supposer que leur paiement entraîne une réduction réelle et définitive du capital social, il semble bien que les intérêts représentent une fraction de capital et que la communauté qui les reçoit en doit récompense à l'époux titulaire de la part sociale propre. Cette solution ne serait pas douteuse, si la société, tout en étant au-dessus de ses affaires, décidait de réduire son capital et de rembourser en conséquence aux associés une partie de leur mise. Les deux opérations, au point de vue comptable, sont identiques. Cependant, au point de vue des associés, elle diffèrent. Les intérêts perçus, même avec imputation sur le capital de sa part, ont très certainement, dans l'esprit du bénéficiaire, le caractère de fruits : c'est « une fraction de capital restituée, fraction calculée comme on calculerait les intérêts de la somme primitivement versée, afin de procurer au commanditaire un revenu constant, un émolument égal à celui qu'il retirerait d'un autre placement² ». En adhérant à la clause, l'associé a renoncé éventuellement à une partie de son capital pour avoir un revenu. La communauté, comme tout usufruitier, profite de cette stipulation, qui procède d'une volonté supérieure. Cette solution a, au surplus, l'avantage de la simplicité ; elle évite de rechercher dans les comptes de la société, pour déterminer l'ayant-droit aux intérêts : époux ou communauté, si leur paiement a été accompagné ou non d'une réduction du capital³.

Qu'ils soient inscrits seulement parmi les frais généraux ou qu'ils soient déduits du capital social, les intérêts payés en l'absence de bénéfices nous apparaissent donc comme des fruits revenant à la communauté usufruitière de la part sociale propre. Ils ont toujours ce caractère dans l'esprit des

1. Cf. COPPER-ROYER, II, n° 353 bis, p. 135 ; WAHL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, J. Soc. 1925, p. 130 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 107 et s.

2. LABBÉ, note S. 1878, II, 225, J. Pal. 1878, 967.

3. WAHL et CROIZAT, *op. et loc. cit.*

parties ; mais c'est pourquoi nous pensons que la clause d'où ils résultent ne saurait être interprétée, sans une stipulation expresse en ce sens, comme emportant éventuellement la faculté de réduire le capital.

412. Dividendes des compagnies de chemins de fer. —

On a soutenu autrefois que l'usufruitier d'actions de chemins de fer (et il en serait de même pour la communauté d'acquêts usufruitière de semblables actions restées propres aux époux) n'aurait droit qu'aux sommes distribuées à titre d'intérêts du capital des actions et non aux dividendes supplémentaires. Ceux-ci ne représenteraient pas des fruits ; ils serviraient à amortir le capital des actions. En effet, disait-on, le capital des Compagnies de Chemins de fer se compose de trois éléments ; la voie, le matériel et le fonds de roulement. A la fin de la concession, les deux premiers appartiendront à l'État, le troisième seul subsistera pour représenter le capital des actions. Sera-t-il suffisant pour permettre d'en effectuer le remboursement intégral ? Cela est au moins incertain. Les dividendes sont les seules valeurs destinées à parer à ce déficit éventuel¹.

Ce raisonnement ne tient pas compte de ce fait que les compagnies de chemins de fer, comme toutes les autres sociétés, sont obligées de faire figurer au passif du bilan le montant de leur capital nominal et ne doivent attribuer à leurs divers éléments d'actif que la valeur réalisable qu'ils présentent pour elles. En conformité de ces deux principes, les distributions de dividendes ne pourront porter que sur l'excédent d'actif net existant après couverture sérieuse du capital.

Mais, à supposer même que les produits de l'exploitation fussent distribués sans retenue destinée à assurer la conservation du capital nominal, ils constitueraient encore des fruits. Ils procureraient, en effet, aux actionnaires un revenu régulier et constant, obtenu, comme les extraits des mines et carrières ouvertes, les arbres de haute futaie mis en coupes réglées, les arrérages de rente viagère, au détriment du capital, et ce en vertu d'un aménagement établi par la société, donc opposable au nu-propriétaire ou à l'époux titulaire d'actions propres².

Les mêmes observations s'appliquent aux dividendes

1. V. BALLOT, *Rev. prat.* 1858, t. V, p. 182.

2. En ce sens : Trib. Seine 30 juillet 1858 et BALLOT, *loc. cit.*

fournis par toutes les sociétés bénéficiaires d'une concession temporaire.

413. *Conclusion.* — En résumé, les émoluments des parts sociales propres, qui peuvent être considérés comme des fruits ou revenus, et qui, par suite, entrent dans la communauté d'acquêts, sont :

1^o Les dividendes périodiquement et régulièrement distribués.

2^o Les dividendes fictifs non sujets à répétition ou non répétés.

3^o Les acomptes sur dividendes.

4^o Les intérêts fixes servis même en l'absence de bénéfices.

La communauté n'exerce jusqu'à sa dissolution qu'un droit d'usufruit ou de quasi-usufruit sur les émoluments suivants des parts sociales propres, qui ne sont pas en eux-mêmes des fruits :

1^o Les réserves distribuées en espèces ou sous forme d'actions.

2^o Le prix de vente du droit de souscription ou les actions souscrites en vertu de ce droit.

3^o La prime d'émission distribuée.

4^o La somme payée à titre d'amortissement.

Il ressort de cette étude que la notion de fruits ne doit pas être confondue avec celle de bénéfices. Tous les bénéfices ne sont pas des fruits (réserves) ; des allocations qui ne correspondent pas à des bénéfices sont, au contraire, des fruits (intérêts fixes, dividendes fictifs). C'est que les fruits des parts sociales sont des fruits par la volonté de l'homme. Or, ceux-ci se reconnaissent à ce qu'ils constituent des ressources périodiques détachées d'un fonds producteur, avec ou sans diminution de substance, conformément à un aménagement établi. La définition des bénéfices est différente.

SECTION II

Acquisition des fruits des parts sociales propres par la communauté

414. Les fruits des parts sociales étant ainsi déterminés, il reste à savoir comment ils sont acquis par la communauté. Il y a lieu d'appliquer sur ce point les règles de l'usufruit¹.

1. AUBRY et RAU, VIII, § 507-2^o et § 522 a 2^o *in fine* ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, I, n^o 411, et III, n^o 1451 ; PLANIOL, III, n^{os} 975 et 1002.

D'après un auteur¹, l'usufruitier a droit à tous les dividendes mis en distribution au cours de son usufruit et n'a droit qu'à eux. Peu importe, d'ailleurs, qu'il ne les ait pas effectivement touchés avant la cessation de son usufruit ; ils profiteront à ses héritiers et non au nu-propiétaire, car, si les fruits doivent être perçus pour appartenir à l'usufruitier, il n'est pas nécessaire qu'ils soient enlevés, il suffit qu'ils soient juridiquement susceptibles d'être perçus. Mais, si l'Assemblée Générale a seulement décidé un dividende, tout en laissant au Conseil d'Administration le soin d'en fixer la date de paiement, et que l'usufruit ait pris fin avant la fixation de cette date, c'est le nu-propiétaire qui bénéficiera de ce dividende. Les dividendes sont ainsi assimilés aux fruits naturels ou industriels que l'usufruitier acquiert par la perception. — Nous ne saurions nous ranger à cette manière de voir. Nous avons dit que les dividendes ne pouvaient être que des fruits civils. Encore qu'ils soient afférents à des actions industrielles, ils ne sont pas des fruits industriels², puisque, d'après l'article 583 C. Civ., les fruits industriels sont ceux qu'on obtient par la culture. Moins encore sont-ils des fruits naturels, ceux-ci étant, aux termes du même article, le produit spontané de la terre, ou le produit et le croît des animaux. Y eût-il parmi les produits sociaux des fruits naturels ou industriels, ils n'auraient ce caractère que vis-à-vis de la société et non vis-à-vis des associés, qui n'auraient aucun droit de propriété sur eux, qui n'auraient droit qu'à des dividendes. Ceux-ci en effet seraient absolument comparables aux prix des baux à ferme qui, bien que représentant des fruits naturels ou industriels, sont rangés dans la classe des fruits civils (art. 584).

415. Fruits civils, les dividendes sont réputés s'acquérir jour par jour et ils appartiennent à la communauté à proportion de sa durée (art. 586 C. Civ.). Comment se détermine la période à laquelle correspond un dividende ? S'étend-elle depuis le jour du paiement du précédent jusqu'au jour du paiement de ce dividende ? Non, car le dividende est, à coup sûr, définitivement acquis dès le jour où il est payable ; le

1. COPPER-ROYER, II, n° 353 *bis, a.*

2. Jugé en ce sens pour les dividendes distribués par une société anonyme exploitant un charbonnage : Trib. Civ. Mons 16. janvier 1875, *Pasier*. 1876, III, 54. V. aussi LAURENT, VI, n° 400 ; HUC, IV, n° 181. V. toutef. DEMOLOMBE, *Distinction des Biens*, II, n° 280.

fait de la perception ne doit être en aucune manière pris en considération, lorsqu'il s'agit de fruits civils. Mais alors ne convient-il pas de se référer à la date de mise en paiement ? En faveur de l'affirmative, on pourrait arguer que le dividende n'est pas définitivement acquis à l'associé, tant qu'il n'a pas été fixé dans son quantum et déclaré payable par l'Assemblée Générale, et, au cas où l'Assemblée Générale donnerait pouvoir au Conseil d'Administration de décider la date de mise en paiement, c'est seulement à cette date que le dividende serait acquis à l'actionnaire, car, si après la réunion de l'Assemblée Générale les affaires de la société devenaient mauvaises, il serait du devoir des administrateurs de s'abstenir de distribuer le dividende¹. Dès lors n'est-ce pas au jour de la mise en paiement qu'est réputée acquise par l'associé la dernière parcelle du dividende, et le temps qu'a duré son acquisition totale n'a-t-il pas commencé à courir à partir de la mise en paiement du dividende précédent ? L'article 1401 ne peut-il être invoqué en ce sens ? « La communauté, dit-il, se compose : ...2° de tous les fruits, revenus... échus... pendant le mariage ». Le dividende distribué postérieurement à la dissolution du mariage n'est entièrement échu qu'à l'époque de sa mise en paiement. Pour la répartition des intérêts des obligations de sociétés entre la communauté et l'époux on prend pour base incontestablement le jour où le coupon est payable². Il doit en être de même en ce qui concerne les coupons de dividende. — Cette thèse aboutit aux conséquences suivantes. Relativement au premier dividende par elle touché, la communauté n'a droit qu'à la portion afférente au temps écoulé depuis sa formation jusqu'à la mise en paiement, elle doit récompense du surplus à l'époux. Et le dividende distribué après la dissolution de la communauté doit être réparti entre la communauté et l'époux suivant le même principe. Pour régler les droits de l'époux et de la communauté il suffit donc d'attendre la première mise en paiement qui suit la dissolution de la communauté. Une difficulté cependant s'élève au cas où le dividende annuel est payable en deux fois. La répartition

1. COPPER-ROYER, II, p. 168 et Paris 14 mars 1924, *Rec. Jur. Soc.* novembre 1924, cité par cet auteur, p. 169, note 1.

2. Lorsque le coupon se détache en Bourse avant ou après l'échéance, ne faut-il pas cependant se référer à la date de détachement du coupon ? V. *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1914, art. 18337 et 18474.

entre la communauté et l'époux doit-elle se faire en tenant compte seulement de la fraction de dividende distribuée après la formation ou après la dissolution de la communauté et du temps écoulé depuis la dernière mise en paiement ? Ne faut-il pas plutôt réunir les deux fractions du dividende et, considérant le laps de temps auquel correspondent ces deux fractions et qui s'étend depuis la mise en paiement de la dernière fraction du précédent dividende jusqu'à la mise en paiement de la deuxième fraction du dividende dont s'agit, calculer la part respective de la communauté et de l'époux sur le tout ? Si lors de la dissolution de la communauté la première fraction n'a pas encore été payée, il sera nécessaire alors d'attendre la distribution de la deuxième fraction pour établir les droits de la communauté et ceux de l'époux. Ce dernier procédé apparaît préférable, car la première fraction distribuée est un simple acompte sur le dividende¹.

416. Mais cette référence à la date de mise en paiement est justement critiquée par tous les auteurs. Les dividendes des parts sociales ne doivent pas être assimilés aux intérêts des obligations. Ils portent sur les bénéfices réalisés au cours d'un exercice. Dans les sociétés par actions, l'Assemblée Générale appelée à statuer sur les comptes de l'exercice et à voter le dividende et sa mise en distribution se réunit ordinairement plusieurs mois après la clôture de l'exercice. Cela n'empêche pas que l'objet du dividende est définitivement acquis dès la clôture. L'établissement du bilan et la décision de l'Assemblée Générale n'y ajoutent rien. Ils se bornent à le dégager et à le proclamer. Au surplus, la date de réunion de l'Assemblée Générale et conséquemment celle de mise en paiement du dividende sont variables chaque année. Le laps de temps compris entre deux distributions de dividendes, c'est-à-dire la période à laquelle correspond un dividende, n'aura donc pas une durée uniforme pendant tout le cours de la société. Et à supposer qu'un ou plusieurs exercices ne permettent pas de répartition de dividendes, à quelle époque fera-t-on remonter le cours du prochain dividende payé ? Sera-ce au jour de la précédente distribution ? Sinon à quel point fixe dans l'intervalle entre les deux distributions s'arrêtera-t-on ? Fixera-t-on à un an la durée d'acquisition du dividende nouveau ? Ce sera arbitraire, puisque l'on considère

1. Cf. MAZIN, *Rép. Gén. prat. du Notar.* 1914, art. 18537.

seulement les dates de mise en paiement. Mais celles-ci en raison même de leur mobilité fournissent une base défectueuse pour la répartition du dividende entre la communauté et l'époux. Il faut donc rapporter le dividende à l'exercice où il a été produit¹. L'exercice est la seule période qui soit constamment égale et qui corresponde à la réalité.

417. Lorsque la communauté commencera ou se dissoudra au cours d'un exercice, comment calculera-t-on la part respective de l'époux et de la communauté dans le dividende de cet exercice ? On pourrait être tenté d'appliquer par analogie l'article 1868 C. Civ. et de dire que l'époux ou la communauté aura droit à tout ce qui dans le dividende représentera le produit des opérations effectuées lors de la cessation de sa jouissance, alors même que ce produit ne serait réalisé qu'ultérieurement. Cette solution présenterait de grandes difficultés pratiques. Il faudrait prendre communication des registres de la société et se livrer à des recherches et à des calculs compliqués. — Mais l'article 1868 C. Civ. doit être mis hors de cause. Il établit une règle en vue d'une liquidation à faire, au cours de la société, du droit du propriétaire d'une part sociale sur le fonds social, et non du droit de l'usufruitier d'une part sociale sur les fruits de ladite part. Nous avons déjà dit que les produits des opérations sociales ne sont pas en eux-mêmes des fruits ; ils servent seulement à former des fruits. A la fin de chaque exercice on les totalise et on en détache une portion à laquelle on confère le caractère de fruits ; ces fruits, fruits civils, sont réputés avoir été acquis régulièrement jour par jour pendant la durée de l'exercice (art. 586 C. Civ.). — Nous en concluons que si les affaires de la société ont été irrégulières au cours de l'exercice, si notamment il y a eu des périodes de grande activité et des périodes d'accalmie et même de chômage (il s'agit par exemple d'une entreprise saisonnière exploitée en société), il importera peu à la communauté et à l'époux, qui auront joui successivement de la part sociale pendant l'exercice, que leur temps de jouissance se place pendant une période plutôt que pendant une

1. LAURENT, VI, n° 402 ; MAZIN, *loc. cit.* ; WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 2 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, n° 1413 ; MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880, n° 46 ; René MINARD, *th. précit.*, n° 58 ; SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris 1925, n° 22.

autre ; on leur attribuera, en effet, à chacun une fraction du dividende total, proportionnelle à la durée de sa jouissance et non aux recettes effectuées pendant cette durée¹.

Nous formulerons donc les propositions générales suivantes. Si la communauté prend naissance avant la distribution du dividende de l'exercice écoulé, elle devra récompense à l'époux de la totalité de ce dividende par elle encaissé et elle n'aura droit de conserver sur le dividende suivant, correspondant à l'exercice en cours lors de sa formation, qu'une part proportionnelle à la durée de sa jouissance pendant cet exercice. Par contre, la communauté acquerra la totalité du dividende de l'exercice écoulé entièrement pendant son existence, bien qu'il soit distribué après sa dissolution, et le dividende afférent à l'exercice en cours lors de sa dissolution devra être partagé entre la communauté et l'époux eu égard au temps de jouissance de chacun.

418. Mais, si le dividende d'un exercice est payable en deux fois, ne faut-il pas diviser l'exercice en deux périodes à chacune desquelles correspondra une fraction du dividende, en sorte que, lorsque la jouissance de l'époux ou de la communauté cessera, il y ait lieu de répartir seulement la fraction afférente à la période en cours alors proportionnellement au temps de jouissance de chacun des ayants-droit pendant cette période ? Non, car l'exercice forme un tout indivisible ; la première fraction est un acompte sur le dividende et la

1. LAURENT, VI, n° 400 ; HUC, IV, n° 181 ; BUGNET, d'après MOURLON, *Répétitions écrites*, 13^e éd. par DEMANGEAT, I, p. 811, note 1. Cependant, d'après DEMOLOMBE (*Distinction des Biens*, II, n° 280), lorsqu'un usufruit est établi sur des actions dans des compagnies de finance ou de commerce, dont les dividendes payables tous les six mois sont tantôt forts, tantôt faibles, comme les actions des Compagnies de Chemins de fer, qui ont leur bonne et leur mauvaise saison, l'usufruitier a droit à tous les fruits perçus ou réputés perçus pendant la durée de son usufruit et n'a droit qu'à ceux-là. Qu'est-ce à dire, sinon que l'usufruitier a droit à la totalité des dividendes mis en distribution pendant son usufruit, qu'ils soient forts ou faibles, et n'a aucun droit sur un dividende mis en distribution ultérieurement, bien qu'ayant commencé à courir pendant son usufruit. C'est assimiler les dividendes de ces sociétés à des fruits industriels et c'est en effet ce que semble faire DEMOLOMBE. Mais il nous suffira de rappeler que les dividendes d'aucune société ne peuvent être regardés comme des fruits industriels et que la règle de l'article 586 C. Civ. s'applique à tous les fruits civils.

deuxième fraction est le solde ; l'un et l'autre se rapportent à l'exercice tout entier. Parfois le premier coupon représente l'intérêt du capital de l'action et le deuxième le dividende proprement dit. Ce sont là en quelque sorte deux espèces de fruits superposées, qui correspondent également chacune à l'exercice tout entier. Il faudra donc additionner le montant des deux coupons afférents à l'exercice, pendant lequel la communauté aura commencé ou aura pris fin, pour établir le droit respectif de la communauté et de l'époux sur le tout selon leur temps de jouissance pendant la durée totale de l'exercice¹. En fait, la communauté pourra être dissoute avant le paiement du solde du dernier exercice, qui lui appartient intégralement. Pour régler définitivement les droits des parties, il sera, par suite, nécessaire d'attendre encore le paiement de l'acompte sur le dividende de l'exercice en cours lors de la dissolution, puis le paiement du solde. Bien souvent plus d'un an s'écoulera entre ce dernier paiement et la dissolution de la communauté. La liquidation de celle-ci s'en trouvera retardée. Pratiquement, on remédie à cet inconvénient en évaluant le dividende de l'exercice en cours d'après celui de l'exercice précédent. Si les parties sont toutes capables, elles peuvent renoncer réciproquement à exercer un recours de ce chef. S'il y a des incapables, la possibilité d'un recours subsistera pour le cas où le montant de l'évaluation sera différent du montant réel du dividende².

419. Enfin, une dernière hypothèse est à prévoir : celle où l'intérêt est cumulatif. On sait que l'intérêt du capital des actions est cumulatif, lorsque n'ayant pu être servi pendant un ou plusieurs exercices faute de bénéfices il doit l'être au moyen des bénéfices des exercices ultérieurs. Ainsi payé, l'intérêt des exercices déficitaires doit-il être attribué à celui qui a eu la jouissance de l'action pendant l'exercice auquel il est censé correspondre, ou à celui qui a eu la jouissance de l'action pendant l'exercice où ont été produits les bénéfices sur lesquels il a été prélevé ? C'est cette dernière solution qui, selon nous, s'impose³. Du moment que le droit à l'intérêt est

1. V. cep. SAUTAI, *op. et loc. cit.*

2. MOUCHET, MINARD et MAZIN, *op. et loc. cit.*

3. En ce sens : WAHL, *J. Soc.* 1925, art. 3089, n° 4 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 94, note 4 ; HOUPIN et BOSVIEUX, II, p. 523, note 1.

subordonné à l'existence de bénéfices, il ne peut avoir été acquis d'intérêt dans des exercices où il n'y a pas eu de bénéfices. L'intérêt cumulatif ne constitue donc pas un véritable intérêt. Comme le surplus du dividende, il est formé d'une fraction des bénéfices distribuables du dernier exercice, c'est-à-dire des fruits de cet exercice. Il n'y a qu'une répartition de bénéfices ; seulement, la part des actionnaires est majorée par rapport à celle des porteurs de parts de fondateur et des administrateurs de manière à maintenir l'équilibre entre les uns et les autres : l'absence de bénéfices des exercices antérieurs, en privant les actionnaires de la rémunération du capital de leurs actions, leur a causé, en effet, un préjudice plus fort qu'aux administrateurs et porteurs de parts de fondateur, qui n'ont pas fourni de capital. — En conséquence, pour fixer les droits de la communauté et de l'époux sur un dividende cumulatif, il faudra rechercher uniquement qui de la communauté ou de l'époux a eu la jouissance de l'action pendant l'exercice d'où ce dividende émane, et, si la jouissance a appartenu successivement à chacun d'eux au cours de cet exercice, il faudra répartir proportionnellement entre eux le dividende ; peu importera que celui-ci représente les intérêts d'exercices antérieurs.

Il va sans dire que les intérêts servis en l'absence de bénéfices devront, au contraire, être rapportés, pour leur attribution, aux exercices auxquels ils correspondent ¹.

1. WAHL, *art. précité*, n° 3.

CHAPITRE II

EMOLUMENTS DES PARTS SOCIALES PROPRES PROVENANT DE L'INDUSTRIE DE L'ÉPOUX ASSOCIÉ

420. Les produits de l'industrie des époux, de même que les fruits et les revenus des propres, viennent alimenter l'actif de la communauté d'acquêts. Le mot « industrie » doit être pris dans son sens large, comme synonyme de « travail ». Tous les gains retirés par les époux de l'exercice de leur activité physique ou intellectuelle dans quelque domaine que ce soit forment des acquêts. Malgré les termes de l'article 1498 C. Civ. : « industrie commune » il importe peu que les époux exercent en commun ou séparément leur industrie ; le législateur a voulu dire : « industrie de l'un et de l'autre époux¹ ».

Jusqu'ici nous avons supposé que l'époux titulaire d'une part sociale propre avait fait simplement un apport en capital : il était, par exemple, actionnaire ou commanditaire ; il y avait lieu alors de rechercher, au point de vue de la composition de l'actif de la communauté d'acquêts, si et dans quelle mesure les bénéfices et avantages provenant à l'époux de sa part sociale pouvaient être regardés comme des fruits ou revenus du capital par lui fourni. Mais, lorsque l'époux a fait un apport pur et simple en industrie ou un apport mixte en industrie et en capital ou exerce une fonction sociale, il y a lieu de se demander si et dans quelle mesure les bénéfices et avantages procurés à cet époux par ses droits sociaux peuvent être considérés comme des produits de son industrie, devant être attribués à la communauté d'acquêts.

421. Souvent il est stipulé un traitement fixe pour le gérant des sociétés en nom collectif, en commandite et à responsabilité limitée, en sus de sa part de bénéfices. Les administrateurs des sociétés anonymes, qui sont forcément

1. AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 3 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1454 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1278 ; PLANIOL, III, n° 1004.

actionnaires (art. 26 l. 24 juillet 1867), reçoivent chaque année, en sus du dividende de leurs actions, en leur qualité d'administrateurs, une part importante dans les bénéfices. Les actionnaires qui assistent aux assemblées générales ont droit assez fréquemment à des jetons de présence. Traitement fixe, tantièmes, jetons de présence apparaissent comme la rémunération de l'exercice d'une fonction sociale. Ils sont à ce titre des produits du travail et profitent à la communauté d'acquêts.

422. Mais la part sociale tout entière de l'apporteur en industrie (nous examinerons plus loin le cas de l'associé qui a fait un apport mixte en industrie et en capital) n'est-elle pas un produit de son industrie ? Et, s'il se marie sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, conservant propre sa part sociale, n'est-ce pas à la communauté que revient, outre les bénéfices distribués, la plus-value de ladite part acquise pendant son cours ? Il s'agit d'abord de savoir si cette plus-value provient bien de l'industrie de l'époux associé, et, dans l'affirmative, une autre question se pose : cette plus-value en raison de sa nature est-elle susceptible de former un acquêt ?

La plus-value de la part sociale peut être due soit à l'augmentation de valeur des éléments incorporels du fonds de commerce exploité par la société, soit à l'existence de réserves constituées à l'aide de retenues sur les bénéfices annuels.

423. Envisageons la première hypothèse. L'augmentation de valeur du fonds de commerce peut résulter de circonstances fortuites, telles que l'ouverture de débouchés nouveaux ou la dépréciation monétaire. Lorsque l'époux est propriétaire exclusif du fonds de commerce, la doctrine et la jurisprudence¹ sont unanimes à décider que la communauté n'a aucun droit sur cette plus-value. Elle profite à l'époux en vertu de la règle : « *Res perit vel crescit domino* ». La même solution doit être donnée, lorsque l'époux n'a qu'une part dans la société dont dépend le fonds de commerce.

424. Mais, si l'augmentation de valeur du fonds de commerce provient de l'intelligence et du travail de l'époux propriétaire, ne doit-elle pas être considérée comme un acquêt de communauté ? La question se pose dans les mêmes termes

1. Cf. not. en ce qui concerne l'office ministériel : Bordeaux 19 février 1856, S. 1856, II, 271, J. Pal. 1856, II, 307, D. P. 1856, II, 177.

pour la plus-value de l'office ministériel. Quelques auteurs et quelques décisions judiciaires ont autrefois admis l'affirmative¹. Mais la Cour de Cassation a jugé, et la majorité des auteurs se prononce en ce sens, que la plus-value de l'office propre au mari appartient exclusivement à celui-ci, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre la plus-value résultant de l'augmentation générale des charges et celle qui serait due à l'intelligence et au travail du titulaire². Cette solution a été étendue par la Cour Suprême à la plus-value du fonds de commerce proprement dit, c'est-à-dire de la firme et de la clientèle y attachée³. Si l'arrêt ne constate pas expressément que la plus-value du fonds de commerce provenait, en l'espèce, de l'intelligence et du travail du mari, il ressort du moins du motif qu'il invoque et des déclarations du conseiller rapporteur⁴ qu'il a entendu assimiler entièrement la plus-value du fonds de commerce à celle de l'office ministériel. Et certes, la plus-value, alors même qu'elle résulte de l'activité du propriétaire, ne forme pas un bien distinct du fonds de commerce ou de l'office ministériel ; elle ne saurait donc être l'objet d'un droit de propriété différent : elle ne peut être considérée en elle-même comme un acquêt.

425. Mais, tout en admettant le caractère propre de la plus-value venue s'incorporer au fonds de commerce ou à l'office propre, ne faut-il pas reconnaître à la communauté

1. TROPLONG, *Cont. de Mar.*, III, n° 1876 ; MASSÉ et VERGÉ, sur ZACHARIAE, IV, § 655, note 6 ; Bordeaux 29 août 1840, S. 1841, II, 142 ; Paris 8 avril 1869, S. 1869, II, 205, D. P. 1869, II, 236.

2. Req. 14 février 1893, S. 1893, I, 416, D. P. 1893, I, 351 ; Bordeaux 17 février 1886, S. 1886, II, 206, *J. Pal.* 1886, 1106 ; AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 7 ; DE FOLLEVILLE, n° 577 *ter* ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1467 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1288 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 417-*a* ; COLIN et CAPITANT, III, p. 122 ; LÉON BÉRARD, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse Paris 1902, p. 91 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 235.

3. Req. 25 octobre 1909, S. 1911, I, 361 et la note de M. NAQUET, D. P. 1910, I, 257 et la note de M. BINET. Dans le même sens : Paris 30 avril 1891, S. 1891, II, 189, *J. Pal.* 1891, 1046 ; AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 7 *bis* ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1288 *bis* ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 417-*b* ; COLIN et CAPITANT, III, p. 122 ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 235.

4. V. le rapport de M. le Conseiller FOCHIER, D. P. 1910, I, 257.

le droit à une récompense ? « L'idée maîtresse qui anime le régime de la communauté, dit-on en faveur de l'affirmative, c'est qu'elle s'enrichit de tous les produits de l'industrie des époux. Elle s'enrichit directement par l'acquisition des produits, quand la nature des droits s'y prête. Mais elle doit, si la nature des droits y fait obstacle, s'enrichir par compensation en obtenant une créance contre l'époux qui conserve dans son patrimoine propre les produits de son industrie. C'est ce qui a lieu quand les produits de l'industrie (telle la plus-value du fonds de commerce ou de l'office ministériel) ne peuvent pas, à raison de leur dépendance étroite avec l'élément principal auquel ils sont liés, constituer une propriété distincte qui soit acquise à la communauté. Refuser à la communauté une créance dans ce cas, c'est violer d'une façon manifeste l'article 1498 C. Civ.¹ »

Ce raisonnement nous paraît inexact. Selon nous, il n'est pas vrai de dire que la communauté d'acquêts s'enrichit de tous les produits de l'industrie des époux, si du moins on entend par ces mots toute espèce de valeur résultant de l'industrie des époux. Ladite communauté ne comprend que les *acquêts* provenant de l'industrie (art. 1498 C. Civ.). La plus-value du fonds de commerce ou de l'office ministériel constitue-t-elle un acquêt ? Nous nous refusons à le croire. Un acquêt, c'est un bien individuellement déterminé, pouvant être l'objet d'un droit de propriété distinct. Tels sont les salaires, bénéfices, traitement, rémunération quelconque (en espèces ou en nature), la propriété littéraire et artistique, et la propriété industrielle. Au contraire, la plus-value du fonds de commerce ou de l'office ministériel n'a pas le caractère d'un acquêt, et on le reconnaît bien, puisqu'on l'attribue au propriétaire du fonds ou de l'office. Mais par cela même l'article 1437 est inapplicable. Le principe général posé par cet article, c'est que toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. La communauté n'ayant jamais eu aucun droit sur la plus-value, l'époux bénéficiaire de celle-ci ne tire pas un profit personnel des biens de la communauté et n'est redevable, par conséquent, d'aucune récompense de ce chef.

On objecte que l'attribution sans récompense de la plus-

1. NAQUET, note S. 1911, I, 361.

value à l'époux propriétaire du fonds de commerce ou de l'office n'est pas conforme à l'équité. La communauté est ainsi victime d'une circonstance purement accidentelle : le fait que le produit du travail de l'époux s'est incorporé à un bien propre à ce dernier. Sans doute, l'époux supporte en retour les risques de dépréciation de son fonds ou de son office ; mais ces risques sont suffisamment compensés par les chances d'accroissement de valeur dû à des causes étrangères¹. — Nous répondrons à cela que la communauté bénéficie du travail, du talent particulier de l'époux, qui ont engendré la plus-value. Celle-ci ne fait que correspondre à une majoration de bénéfices dont la communauté profite.

On réplique encore : il ne faut pas limiter le droit de la communauté aux bénéfices qui ont le caractère de revenus ; elle a droit à tous les produits de l'industrie, même s'ils ont le caractère de capital. Les honoraires extraordinaires touchés par un ingénieur ou un avocat à l'occasion d'un travail ou d'une affaire d'une importance exceptionnelle ne constituent pas de simples revenus. Une fraction sera vraisemblablement capitalisée. Et cependant ils entrent incontestablement pour le tout en communauté. Il ne faut donc pas exclure de l'actif commun la plus-value, sous prétexte qu'elle est une valeur de capital². — Nous ne nions pas que certains produits du travail acquis par la communauté aient le caractère de capitaux (Cf. propriété littéraire, artistique, industrielle). Si nous refusons tout droit à la communauté sur la plus-value, ce n'est pas parce qu'elle est un capital, mais parce qu'elle n'est pas un capital distinct. En réservant propre sa part sociale, l'époux a manifesté clairement sa volonté d'exclure intégralement de la communauté le capital de cette part, quelles que fussent les variations qui affecteraient ce capital, quelle que fût la cause de ces variations. Au surplus, nous repoussons la comparaison faite entre les honoraires exceptionnels et la plus-value. Ceux-ci sont des avantages certains, définitifs ; celle-là, au contraire, est une valeur instable, aléatoire. Qu'une crise ait lieu, qu'une concurrence nouvelle plus acharnée intervienne, que l'activité du titulaire pour une raison ou pour une autre diminue (et, même en dehors de tout cas

1. NAQUET, *note précitée*.

2. NAQUET, *note précitée*.

de force majeure, il n'est pas obligé de fournir à la communauté une somme de travail donnée) la plus-value s'évanouira. A supposer, cependant, qu'elle soit réalisée pendant la communauté (en notre hypothèse, par la vente de la part sociale ou la vente du fonds de commerce consécutive à la dissolution de la société), pourra-t-elle être considérée en totalité comme provenant de l'industrie de l'époux ? Des circonstances favorables n'auront-elles pas contribué à la produire ? Il sera bien difficile de mesurer la part de chacun de ces deux facteurs. Ce sera une source de procès, et la solution du litige sera d'autant moins aisée qu'au moment où il s'élèvera (à la dissolution de la communauté), les éléments d'appréciation pourront avoir disparu ou être devenus imprécis. On pourra même manquer de base pour déterminer la plus-value acquise pendant la communauté. Supposons, par exemple, que la part sociale n'ait pas été évaluée lors du mariage. On se référera au bilan de l'année dans laquelle le mariage aura été célébré. Mais souvent la valeur du fonds de commerce n'est pas inscrite au bilan ou elle est très minorée. La part sociale pourra elle-même avoir été sous-estimée au contrat de mariage. Dans ces deux cas trouvera-t-on, lors de la dissolution de la communauté, des indices suffisamment sûrs pour fixer avec quelque exactitude la valeur du fonds de commerce à l'époque du mariage ? On voit quelles complications pratiques vont surgir et les erreurs dont la communauté et l'époux seront réciproquement exposés, au nom de l'équité, à être victimes.

Aussi bien, l'article 1498 C. Civ. ne conduit pas, selon nous, à ces conséquences. Il n'attribue à la communauté que ceux des produits du travail des époux, qui sont susceptibles de former des acquêts. La plus-value de la part sociale due à l'augmentation de valeur du fonds de commerce dépendant de la société ne saurait par elle-même constituer un acquêt, qu'elle provienne ou non de l'industrie du titulaire. Elle est acquise par le propriétaire de la part sociale : l'époux, s'il se l'est réservée propre, et il n'est tenu à aucune récompense de ce chef¹ ; la communauté, s'il la lui a vendue ou si la société

1. Req. 25 octobre 1909 et Paris 30 avril 1891 *précités* ; Bordeaux 4 juin 1928, *Gaz. Pal.* 27 octobre 1928 ; Paris 5 juin 1928, *Gaz. Trib.* 9 octobre 1928 ; Rennes 9 juin 1928, *Gaz. Pal.* 17 octobre 1928 ; AUBRY et RAU ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE ; PLANIOL,

a été créée pendant le mariage. Mais, en dehors de ces deux cas où elle supporte en retour les risques, la communauté n'a aucun droit sur la plus-value dont s'agit de la part sociale.

426. La communauté n'a-t-elle pas droit, au contraire, à la plus-value de la part sociale propre à l'époux apporteur d'industrie, lorsque cette plus-value résulte de l'existence de réserves constituées pendant son cours à l'aide de retenues sur les bénéfices ? La situation se présente, à première vue, différemment de la précédente. Les bénéfices provenant des opérations sociales apparaissent bien, quant à la part de l'époux apporteur d'industrie, être des produits de son travail et être susceptibles d'appropriation par la communauté ; la preuve en est qu'ils entrent incontestablement dans la communauté lorsqu'ils sont distribués, et, s'ils ne sont pas distribués, ce n'est pas en raison d'un obstacle naturel mais en vertu d'une règle légale ou conventionnelle ou d'un acte de volonté libre de l'associé. N'y a-t-il pas lieu dès lors de les considérer comme acquis pour la totalité à la fin de chaque exercice à la communauté ? Sans doute, leur maintien partiel dans la société, même effectué librement, sera opposable à la communauté, car l'époux peut toujours de sa propre autorité, si c'est le mari, avec l'autorisation ou plus exactement la procuration maritale, si c'est la femme (et cette autorisation ou procuration découlera, du moins en ce qui concerne la constitution de réserves légales ou statutaires, de l'autorisation donnée par le mari à la femme de faire partie de la société, et par conséquent de se soumettre à toutes les règles du pacte social) disposer de biens communs. Mais ces bénéfices seront réputés avoir été perçus par la communauté et replacés par l'époux pour le compte de celle-ci dans la société ; la communauté aura droit ainsi à la part de l'époux dans les réserves constituées pendant son cours¹.

427. Nous n'acceptons pas davantage cette opinion que celle qui attribue à la communauté la plus-value de la part sociale due à l'augmentation de valeur du fonds de commerce proprement dit. Les réserves peuvent avoir été employées

RIPERT et NAST ; COLIN et CAPITANT ; et CROIZAT, *op. et loc. cit.* ; rapport de M. le Conseiller FOCHIER et note de M. BINET, sous Req. 25 octobre 1909, D. P. 1910, I, 257.

1. Cf. Req. 25 octobre 1909 *précité*.

à l'extension des affaires sociales, à l'agrandissement du fonds, à l'amélioration de l'outillage ou du matériel, et, même si elles n'ont pas reçu d'affectation spéciale, elles s'incorporent au fonds social. Or, le droit de l'époux sur le fonds social forme un propre mobilier parfait, dont l'accroissement ou la diminution de valeur profite ou nuit à l'époux. Cela est vrai, alors même que des deniers de la communauté sont versés dans le fonds social. Seulement, en ce cas, la communauté a droit à récompense.

Il s'agit donc de savoir si les réserves peuvent être regardées comme des produits du travail abandonnés à la société par la communauté devenant de ce chef créancière d'une récompense. Une distinction s'impose.

La constitution de réserves a-t-elle été prescrite par la loi ou les statuts ou une modification aux statuts, ou même repose-t-elle sur un usage des associés établi antérieurement à la communauté, celle-ci n'acquerra aucun droit sur les bénéfices mis en réserve pendant son cours et ne pourra en conséquence réclamer aucune récompense¹. Les seuls bénéfices, que la communauté peut revendiquer à titre de produits du travail, comme à titre de fruits, sont ceux qui sont distribués pendant sa durée. Elle n'a pu compter sur ceux qui en vertu de l'aménagement de la société étaient destinés à rester dans le fonds social. Ces derniers n'ont d'ailleurs aucun caractère définitif, puisqu'ils peuvent être absorbés par des pertes ultérieures. En tous cas, n'ayant jamais été susceptibles d'appropriation par la communauté, ils n'ont pu constituer des acquêts. Il faut même décider que la communauté aura seulement la jouissance des réserves réparties pendant son cours. Elles forment une fraction de l'émolument du droit de l'époux sur l'actif social, droit qui doit lui demeurer propre intégralement. Il n'y a pas lieu de rechercher, pour l'attribuer à la communauté, la part de ces réserves provenant des bénéfices réalisés pendant son cours, puisque la communauté n'a jamais eu droit à ces bénéfices.

Au contraire, les bénéfices, que l'époux a pu retirer et que par un acte de volonté libre il a laissés à la société, doivent être considérés comme ayant été acquis par la communauté

1. Req. 25 octobre 1909 *précité* (sol. impl.) ; PLANIOL, RIPERT et NAST ; COLIN et CAPITANT ; FOCHIER ; et BINET, *op. et loc. cit.* ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 237. *Contra* : NAQUET, *note précitée*.

puis reversés à la société. Ils accroîtront ainsi à la part propre de l'époux et la communauté aura droit à une récompense dont le montant sera égal, en principe, à celui des bénéfices mis en réserve pendant sa durée, sans pouvoir excéder, si elle est inférieure, la plus-value de la part sociale à sa dissolution¹. Cette solution se justifie d'elle-même.

428. Une dernière hypothèse nous reste à envisager, et ce sera, à la vérité, la plus fréquente : celle où l'époux aura apporté à la fois son industrie et un capital à la société. Nous n'avons qu'à appliquer à cette hypothèse les principes formulés tant pour le cas où l'apport consiste exclusivement en capital que pour celui où il consiste exclusivement en industrie. Les bénéfices distribués seront, au regard de l'époux, pour partie des revenus de son capital et pour partie des produits de son industrie². Cette distinction, importante en ce qui concerne la part sociale de la femme sous le régime sans communauté ou le régime dotal, sous lesquels le mari n'a droit qu'aux fruits des biens de sa femme, est sans aucune utilité sous le régime de la communauté d'acquêts, puisque celle-ci a droit aux produits du travail aussi bien qu'aux fruits. La communauté recueillera donc les bénéfices afférents à la part sociale propre, distribués pendant son cours. Quant à ceux qui seront mis en réserve conformément à la loi, aux statuts ou à un usage établi antérieurement à la communauté, ils accroîtront à la part propre. La communauté n'aura droit à récompense que pour les bénéfices laissés dans la société pendant sa durée par un acte de volonté libre de l'époux associé.

En somme, que l'époux titulaire d'une part sociale propre ait apporté à la société un capital ou son industrie, la détermination des bénéfices provenant de ladite part, ayant le

1. Paris 5 juin 1928 *précité*. Cependant l'arrêt de Cass. Req. 25 octobre 1909 *précité* attribue en ce cas la plus-value elle-même tout entière à la communauté et non une récompense. Cette solution, qui ne tient pas compte de l'unité de la part sociale, est généralement et justement critiquée par les auteurs : GAUDEMET, *Rev. tr. de dr. civ.* 1910, p. 161 et s. ; BINET et NAQUET, *notes précitées* sous cet arrêt ; PLANIOL, RIPERT et NAST, COLIN et CAPITANT, *op. et loc. cit.* ; CROIZAT, *th. précit.*, p. 239 et s.

2. Cf. THALLER, *Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits*, Ann. de dr. comm. 1896, p. 194 et s. ; BINET, *note précitée*, I.

caractère de fruits, ou de ceux ayant le caractère de produits du travail et par suite entrant en communauté, se fera selon les mêmes principes. Les mêmes principes régiront également l'acquisition dans le temps par la communauté des bénéfices reconnus fruits ou produits du travail¹.

1. Cf. chap. I, sect. II *supra*.

CHAPITRE III

PARTS SOCIALES ACQUISES A TITRE ONÉREUX PENDANT LA COMMUNAUTÉ

429. La part sociale ne fournit pas seulement à la communauté d'acquêts les bénéfices distribués pendant le cours de celle-ci à son titulaire à titre de fruits ou de produits du travail. Elle peut entrer elle-même tout entière dans la communauté. En principe, toute part sociale acquise par l'un ou l'autre époux à titre onéreux pendant la communauté constitue un acquêt¹. Peu importe qu'elle ait été donnée à l'époux contre un apport en capital ou en industrie², ou qu'il l'ait achetée après la formation de la société. Les seules exceptions que souffre ce principe sont celles que nous avons déjà rencontrées. Sont exclues de la communauté d'acquêts, bien qu'acquises à titre onéreux pendant son cours :

1° Les parts sociales acquises conformément aux articles 1406 et 1408.

2° La part sociale accroissant à une part sociale propre en vertu d'une clause des statuts en cas de décès d'un associé, ou en vertu d'un droit de préemption.

3° Les actions nouvelles acquises lors d'une augmentation de capital en vertu d'un droit de souscription attaché à des actions propres.

4° Les parts sociales acquises par subrogation à des biens propres (échange, emploi, remploi, apport, transformation, fusion, conversion de parts de fondateur en actions).

1. Cass. Civ. 12 février 1890, S. 1891, I, 230, *J. Pal.* 1891, 545, D. P. 1890, I, 204 ; Paris 29 juin 1927, D. P. 1927, II, 161 et la note de M. CAPITANT ; Bruxelles 28 juillet 1868, *Pasicr.* 1869, II, 165.

2. Sur la possibilité de l'entrée en communauté de parts sociales correspondant à un apport en industrie, voir *supra* Question préliminaire, nos 5-7 ; v. cep. Trib. Civ. Seine 21 juin 1922 sous Paris 20 novembre 1923, D. P. 1924, II, 121 et la note critique de M. NAST.

TITRE III

Aliénation et liquidation des parts sociales propres
pendant la communauté

430. Nous savons dans quels cas la part sociale reste propre et dans quels cas elle devient commune, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts. Nous savons les éléments de la part sociale propre que la communauté recueille. Les effets de l'entrée en communauté de la part sociale sont les mêmes sous le régime de la communauté réduite aux acquêts que sous le régime de la communauté légale¹. Quels sont les effets de la réalisation de la part sociale ? La condition de la part sociale **propre** du mari durant la communauté n'appelle aucune observation particulière. La condition de la part sociale propre de la femme suscite la question de savoir quels sont les pouvoirs du mari sur ladite part en qualité d'administrateur des propres de sa femme. Nous n'examinerons pas cette question, puisque notre sujet ne comporte pas l'étude de l'application aux parts sociales des règles concernant l'administration des biens propres et des biens communs. A la dissolution de la communauté, si la part sociale existe encore en nature, l'époux titulaire ou ses héritiers la reprennent en nature, à la condition d'établir son caractère propre conformément aux règles que nous indiquerons au titre IV. Mais la part sociale propre peut avoir été aliénée ou remboursée à l'époux s'étant retiré, la société à laquelle elle se rapportait peut avoir été dissoute et partagée pendant la communauté. Quelles seront les répercussions de ces faits sur la composition respective des patrimoines propre et commun ? Comment l'équilibre entre ces patrimoines sera-t-il maintenu ? Autrement dit, que deviendront les biens nouveaux ? Quels seront les droits de l'époux ex-associé ? Voici l'objet du présent titre.

1. V. *supra* 1^{re} partie, titre III.

431. A. Considérons d'abord le cas où la part sociale propre a été aliénée au cours de la communauté. Si la créance du prix existe encore à la dissolution de la communauté, elle est reprise en nature. Si elle est payée pendant la communauté, les deniers versés tombent dans la masse commune à charge de récompense. Quel sera le montant de la récompense ? En principe, la communauté est débitrice de tout ce qu'elle a encaissé¹. Mais cela suppose que dans la somme encaissée n'est incluse aucune valeur commune. Or, s'il s'agit d'actions vendues en Bourse, le prix comprend le montant du dividende en cours. C'est, en effet, l'acheteur qui touchera l'intégralité de ce dividende à l'échéance, bien qu'il n'ait pas eu la jouissance de l'action pendant toute la période de temps à laquelle correspond ce dividende. Ce fait provoque une hausse progressive du cours jusqu'à l'échéance, suivie aussitôt après d'une baisse, en principe, égale au montant du coupon détaché. Cette fluctuation ne se produit pas toujours, il est vrai, avec une précision mathématique, car d'autres causes de variation de la valeur de l'action peuvent jouer en même temps en sens divers. Néanmoins la considération du dividende en cours entre en ligne de compte dans la cotation de l'action. Il y a donc lieu, pour déterminer la récompense due par la communauté, de déduire du prix de vente de l'action la portion de dividende acquise par la communauté lors de la vente conformément aux règles posées ci-dessus (tit. II, ch. I, sect. II). Ainsi, il faudra créditer la communauté de la totalité du dividende distribué après la vente, s'il se rapporte à un exercice qui s'est écoulé tout entier pendant la communauté ; il faudra la créditer également de la fraction du dividende subséquent, correspondant à la partie du nouvel exercice, qui se sera écoulée jusqu'à la vente. Par contre, il faudra la débiter de tout ou partie des dividendes par elle touchés, qui se rapporteront à des exercices écoulés entièrement ou partiellement avant le commencement de sa jouissance².

S'il s'agit de parts d'intérêt ou de parts de sociétés à responsabilité limitée dont le prix comprend la portion des bénéfices acquis par le cédant au jour de la cession, le cessionnaire devant toucher l'intégralité du dividende distribué

1. PLANIOL, III, n° 1295 ; AUBRY et RAU, VIII, § 511-2°.

2. MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880, n° 89.

ultérieurement, il y aura lieu de calculer suivant les mêmes règles la récompense due par la communauté.

432. B. Examinons maintenant le cas où la société, dans laquelle l'époux possédait une part propre, s'est dissoute et a été liquidée et partagée pendant la durée de la communauté, et celui où l'époux a recueilli par succession les droits de son auteur dans une société dissoute par le décès de ce dernier et liquidée et partagée pendant la communauté. Les droits de l'époux peuvent être réglés de deux manières : ou par l'attribution de biens sociaux en nature, ou par le versement d'une somme d'argent provenant de la réalisation de l'actif social. De même, au cas où l'époux se retire de la société pendant la communauté, et au cas où il recueille pendant le même temps par succession les droits de son auteur dans une société se continuant après le décès de ce dernier entre les associés survivants seulement, il peut être rempli de ses droits au moyen de biens sociaux en nature de corps certains ou au moyen de deniers puisés dans la caisse sociale ou pris par les autres associés sur leur fortune personnelle.

433. a) Si l'époux associé ou héritier de l'associé décédé, en cas de dissolution de la société ou de retraite ou de continuation de la société avec les associés survivants seulement, a reçu une somme d'argent provenant de l'actif social ou du patrimoine des autres associés, cette somme tombera dans la communauté à charge de récompense. La récompense sera de la totalité de la somme touchée ; il n'y aura pas lieu de déduire la fraction de cette somme représentant la part de l'époux dans les réserves, même constituées au cours de la communauté, car, ainsi que nous l'avons dit (tit. II, ch. I, sect. I, § II), les réserves forment directement des capitaux et non des revenus ; elles accroissent au capital originaire de la société. Seul le droit aux dividendes produits pendant son cours tombe dans la communauté ; le droit à une part du fonds social à la dissolution de la société (ou lors de la retraite de l'associé) reste entièrement propre à l'époux.

Observons, toutefois, que, si l'époux avait versé à la société à titre de prêt une somme prise sur la communauté et si cette somme lui était remboursée lors du partage de la société, la communauté l'encaisserait sans charge de récompense.

434. Mais, au cas où l'époux n'aurait apporté à la société que son industrie, la communauté ne pourrait retenir, sur la

somme attribuée pendant son cours à cet époux en représentation de sa part dans la société, le montant de la plus-value alors acquise par ladite part réservée propre depuis le jour du mariage, cette plus-value, fût-elle due exclusivement à l'industrie de l'époux, s'étant incorporée à sa part sociale¹. — A plus forte raison la communauté ne saurait réclamer la totalité de l'indemnité, versée pendant son cours à un époux par le co-associé de ce dernier pour résiliation anticipée de la société dans laquelle cet époux n'avait apporté que son industrie, alors qu'il s'était réservé propre par contrat de mariage ses droits dans ladite société. En vain prétendrait-on que cette indemnité tiendrait lieu à l'époux des bénéfices qu'il aurait retirés de la société, s'il y était resté jusqu'au terme fixé, et qui seraient tombés dans la communauté, si elle est incertain que la société eût réalisé des bénéfices, si elle eût continué. En réalité, ladite indemnité représente la valeur du droit social lui-même, exclu de la communauté. En vain, objecterait-on également qu'elle serait le prix de l'obligation contractée par l'époux de ne pas se livrer à une industrie ou à un commerce similaire à celui faisant l'objet de la société. Seuls les produits du travail entrent dans la communauté ; or, il ne s'agit pas là d'un produit du travail ; l'indemnité représente non les résultats d'un travail effectué, mais une faculté non exercée, c'est-à-dire un élément absolument personnel. Il y a même raison de l'exclure de la communauté que l'indemnité allouée à un époux pour atteinte à son intégrité physique ; l'une et l'autre correspondent à une diminution des facultés de l'époux. La puissance de travail dont celui-ci est doué lui reste essentiellement propre ; il n'est pas tenu envers la communauté de l'exercer, et il ne lui doit aucune récompense, s'il ne l'exerce pas. Au reste, la communauté jouit de la somme versée à l'époux, comme elle aurait profité de l'usage de la faculté que cette somme représente ; mais à la dissolution de la communauté l'époux a le droit de reprendre en propre ladite somme, comme il aurait eu le droit de reprendre pour lui l'usage de cette faculté².

1. V. *supra* titre II, ch. II.

2. Cass. Req. 9 juin 1836, DALL., *Jur. Gén.* V^o *Cont. de Mar.*, n^o 2594, note 1.

435. b) Au cas où l'époux associé ou héritier de l'associé a été alloti en biens sociaux individualisés, il y a lieu de se demander si ces biens lui deviennent propres *de plano* aux lieu et place de sa part sociale, de son droit de créance contre la société, ou s'il ne lui est pas dû seulement récompense par la communauté de la somme à laquelle ont été fixés ses droits dans la liquidation de la société, lesdits biens devenant communs.

En droit fiscal, pour la détermination des droits applicables aux partages de sociétés, on fait abstraction de la personnalité morale de la société. On considère l'apport comme une cession faite par l'apporteur à l'un quelconque de ses co-associés, sous la condition que le bien apporté sera attribué à celui-ci. Si cette condition se réalise, il y a donc transmission du bien apporté, passible du droit de mutation. Si au contraire l'apporteur reprend son apport, il est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire, et il n'est pas assujéti au droit de mutation¹. Quant aux biens acquis par la société pendant son cours, ils sont regardés comme indivis entre les associés dès la date de leur acquisition, et leur allotissement ne donne ouverture qu'au droit de partage². — D'après ces principes, les biens sociaux attribués à l'époux associé lui demeureraient propres, s'ils avaient été apportés par ses associés ou par lui, puisqu'en vertu de la rétroactivité de la condition accomplie ou de la défaillance de la condition il serait censé en avoir été propriétaire dès le jour du contrat de société ou même dès avant ce contrat dont la communauté ne pourrait, par hypothèse, revendiquer le bénéfice. Et les acquêts sociaux attribués à l'époux lui demeureraient propres en vertu de l'effet déclaratif du partage, s'ils avaient été acquis avant la communauté ; sinon ils deviendraient communs.

Mais cette conception fiscale de l'allotissement en matière de société ne peut être transportée sur le terrain du droit civil. Ou bien, en effet, la société était douée de personnalité, et cette personnalité ne peut être effacée ; ou bien elle en était dénuée, et les biens mis en société ou acquis par la société

1. Le droit de partage cependant est dû (HOUPIN et BOSVIEUX, III, n° 2266).

2. HOUPIN et BOSVIEUX, III, n° 2266 et les références données par ces auteurs.

pendant son cours, sont devenus immédiatement indivis entre les associés.

436. Dans ce dernier cas, les biens sociaux attribués à l'époux lui demeureront propres en vertu de l'effet déclaratif du partage, qu'ils aient été acquis par la société avant ou après l'entrée en contact de sa part sociale avec la communauté. Car, ainsi que nous l'avons dit, l'époux conserve en propre sa part dans le fonds social envisagé *in globo*, quelles que soient les fluctuations de ce dernier. Seuls les bénéfices distribués pendant son cours tombent dans la communauté. Celle-ci, toutefois, a droit à récompense à raison des bénéfices laissés dans le fonds social par l'époux associé en dehors de toute prescription des statuts ou en l'absence d'un usage établi antérieurement à la communauté.

437. Si la société est douée de personnalité, ce que l'époux associé possède en propre, ce n'est pas une part de co-propriété du fonds social, mais un droit de créance mobilier contre la société, créance dont le quantum sera définitivement fixé à la dissolution, et même, plus exactement, à la fin de la liquidation de la société. A ce moment. — dissolution, suivant l'opinion dominante, fin de la liquidation, suivant nous — la société, pour se libérer de sa dette envers les associés, leur transfère tout son actif. Les associés deviennent ainsi co-propriétaires des biens sociaux existant alors en vertu d'une sorte de dation en paiement. Or, nous savons que, d'après la Cour de Cassation, l'immeuble donné en paiement d'une créance propre forme un conquêt, sauf récompense du montant de la créance, si les formalités prescrites par l'article 1434 n'ont pas été accomplies¹. La part indivise du fonds social acquise par l'époux lors de la dissolution ou de la fin de la liquidation de la société tomberait donc dans la communauté, sauf récompense du montant de ses droits liquidés, si l'époux n'avait déclaré à cette époque, dans un acte authentique ou sousseing privé, vouloir que ladite part lui demeure propre aux lieu et place de son droit de créance contre la société. Peut-être, cependant, cette déclaration pourrait-elle intervenir encore utilement lors du partage, les biens attribués à l'époux étant, en vertu de l'article 883, réputés lui avoir été

1. Cass. 26 juillet 1869, S. 1869, I, 401, D. P. 1869, I, 455, cassant Paris 21 février 1868, S. 1868, II, 176, D. P. 1868, II, 49.

eux-mêmes privativement donnés en paiement, et la déclaration étant douée, comme l'attribution, de l'effet rétroactif. Mais, à défaut d'une semblable déclaration, ces biens constitueraient des acquêts, sauf récompense.

Nous croyons, au contraire, que la part indivise de l'époux dans l'actif social d'abord, puis, en vertu de l'effet déclaratif du partage, les biens sociaux mis à son lot lui deviennent propres *de plano* au lieu et place de son droit de créance mobilier contre la société, sans qu'il ait besoin de remplir les formalités de l'article 1434. Si l'on peut expliquer la transformation du droit de créance de l'associé en un droit indivis sur le fonds social par une dation en paiement, il faut bien noter que cette dation en paiement a un caractère spécial, excluant l'application des prescriptions de l'article 1434. La dation en paiement apparaît comme un mode de libération exceptionnel, lorsqu'il s'agit d'une créance ordinaire ; la communauté était, par suite, en droit de compter sur le quasi-usufruit des deniers qui eussent dû être payés à l'époux créancier ; aussi comprend-on que la subrogation de l'immeuble donné en paiement d'une créance propre à cette créance soit soumise aux mêmes règles que celle de l'immeuble acheté au moyen de deniers ayant une origine propre. Au contraire, la dation en paiement par la société de ses biens aux associés apparaît comme la manière normale de remplir ceux-ci de leurs droits. Elle se produit *ipso facto*, soit à la dissolution, soit à la fin de la liquidation de la société, suivant les opinions. Il est logique que la part de biens sociaux transférée par elle à l'époux associé soit subrogée de plein droit également, dans le patrimoine propre de ce dernier, à sa créance contre la société. La communauté ne pouvait pas compter sur le quasi-usufruit d'une somme d'argent, en cas de partage de la société ou de retraite de l'époux associé pendant son cours. Il est à présumer, d'ailleurs, que, dans l'intention des parties, la réalisation de droits sociaux implique la réalisation des biens sociaux non fongibles, qui seraient attribués en représentation de ces droits à l'époux titulaire par le partage de la société ou en conséquence de sa retraite survenant pendant la communauté.

438. Toutefois, si, d'après les statuts, les associés, en cas de retraite, devaient recevoir la valeur en argent de leurs droits sociaux, et que l'époux associé se retirant pendant la

communauté soit réglé au moyen de biens sociaux constituant des corps certains, il faudrait, pensons-nous, que les formalités de l'article 1434 soient observées, pour que lesdits biens deviennent propres au lieu et place de la part sociale de l'époux, comme lorsqu'il s'agit d'une dation en paiement ordinaire ; car la communauté était fondée à espérer encaisser une somme d'argent à charge seulement de récompense.

Sous cette réserve donc, les biens sociaux non fongibles (immeubles, fonds de commerce, etc.) attribués à l'époux associé par un acte doué d'effet déclaratif (partage, licitation, cession de droits sociaux faisant cesser l'indivision), qu'ils aient été apportés par lui ou par l'un de ses co-associés ou qu'ils aient été acquis au cours de la société, lui deviendront propres de plein droit au lieu et place de sa part sociale, sauf récompense à la communauté de la soute qu'elle aurait payée de ses deniers.

439. Si l'époux acquiert la part d'un de ses co-associés dans un bien social (immeuble, ou meuble corporel ou incorporel) ou dans l'ensemble des biens sociaux, nous appliquerons l'article 1408 al. 1, et nous déciderons que cette part lui deviendra propre, comme sa part primitive, bien que l'indivision n'ait pas cessé, sauf récompense à la communauté du prix d'acquisition par elle déboursé.

Nous appliquerons de même l'article 1408 al. 2, et nous accorderons à la femme associée la faculté de prendre pour elle ou d'abandonner à la communauté la part ou la totalité d'un bien social ou les droits sociaux acquis par le mari seul et en son nom personnel, sauf récompense à la communauté ou à la femme.

Nous ferons jouer l'article 1408, alors même qu'il s'agirait d'une cession de droits sociaux consentie à l'époux associé ou au mari de la femme associée avant la fin de la liquidation et n'ayant pas pour effet de concentrer sur la même tête tout l'actif social. Sans doute cette cession n'a pas pour objet, suivant nous, des droits indivis, mais un droit de créance contre l'être moral subsistant, et nous avons exclu du domaine de l'article 1408 la cession de droits sociaux faite à l'époux déjà associé ou au mari de la femme associée avant la dissolution de la société. Cependant une telle cession intervenant au cours de la liquidation apparaît comme un acte tendant au règlement des droits des associés ; elle a ainsi une fonction

analogue à celle des actes qui tendent à faire cesser l'indivision.

440. Si, enfin, la société n'était formée qu'entre l'époux et une autre personne et s'il était stipulé au pacte social qu'en cas de dissolution par le décès d'un associé, le survivant prendrait obligatoirement ou facultativement tout l'actif social à charge d'indemniser les héritiers du décédé, tous les biens sociaux, que l'époux associé survivant acquerrait en vertu de cette clause, lui deviendraient propres de plein droit, sauf récompense à la communauté des sommes par elle versées aux héritiers de l'associé décédé¹. Nous avons admis une solution semblable en ce qui concerne la fraction de part sociale du décédé acquise par l'époux survivant en vertu d'une clause stipulant la continuation obligatoire ou facultative de la société entre les associés survivants². Les raisons de décider sont les mêmes.

1. Trib. Valenciennes 2 février 1912, *Rép. Gén. prat. du Notar.*, 1913, art. 17879.

2. V. *infra* tit. I, ch. II, sect. 1.

TITRE IV

Preuve du caractère propre ou commun des parts sociales

441. Notre étude sur la détermination du caractère propre ou commun des parts sociales serait incomplète, si nous n'indiquions pas comment ce caractère propre ou commun se prouve. La question de preuve a, d'une manière générale, une grande importance pratique : *idem non esse aut non probari*. En notre matière elle se pose soit pendant la durée, soit après la dissolution de la communauté, soit à l'égard des tiers, soit entre les époux ou leurs héritiers. Par exemple, si au cours ou jusqu'au partage de la communauté un créancier commun saisit un bien appartenant à la femme, celle-ci devra justifier de la qualité de propre de ce bien pour le distraire de la saisie. Est-ce un bien commun ou un immeuble propre au mari qui est saisi par un créancier du mari ou de la communauté, la femme pourra produire à titre chirographaire ou au rang de son hypothèque légale pour le montant des reprises en deniers qu'elle aurait à exercer, à la charge de justifier de ces reprises. A la dissolution de la communauté, les époux ou leurs héritiers devront prouver l'un ou les uns à l'encontre de l'autre ou des autres le caractère propre des biens qu'ils voudront reprendre en nature ou en valeur. S'agissant d'une action nominative, la société, en cas de transfert, sera en droit d'exiger la preuve de la nature propre ou commune de l'action, car, si elle effectue un transfert requis *a non domino* ou par un incapable, elle peut être déclarée responsable envers le véritable propriétaire ou l'incapable privé d'action en revendication contre l'acquéreur ou sous-acquéreur de bonne foi du titre¹. Ainsi, le mari, n'ayant pas le pouvoir d'aliéner les meubles propres de sa femme², devra, pour faire transférer au nom d'un tiers une action inscrite au nom de sa femme sans le consentement de cette dernière, prouver que

1. Paris 21 février 1896, S. 1898, II, 289 (note de M. WAHL).

2. PLANIOL, III, n° 1048.

cette action est tombée dans la communauté. Il n'aurait pas, au contraire, à fournir cette justification, s'il voulait faire convertir au porteur une action nominative de sa femme, un tel acte rentrant dans ses pouvoirs sur les propres de celle-ci¹. A la dissolution de la communauté, la femme, possédant une action inscrite à son nom de femme mariée et voulant la faire transférer à son nom de femme veuve, divorcée ou séparée de corps, sans inscription du nom de son mari ou des héritiers de son mari, devra prouver que cette action lui appartient en propre. Pareillement les héritiers de l'un ou l'autre époux qui requerront le transfert d'une action nominative du défunt à leur nom avec mention du conjoint survivant seulement en qualité d'usufruitier légal en vertu de l'article 767 du Code Civil et non de co-proprétaire, ou même avec exclusion complète du conjoint survivant, si celui-ci a été privé de son droit d'usufruit par l'époux prédécédé, devront établir que cette action était un propre du *de cuius*. — Voici les principaux cas dans lesquels il y aura lieu de faire la preuve de la nature propre ou commune d'une part sociale. A quelles règles sera soumise cette preuve ? Nous distinguerons suivant que l'époux ou ses ayants-cause revendiqueront la propriété de la part sociale ou prétendront seulement en exercer la reprise en valeur.

Reprise en nature des parts sociales

442. D'après l'article 1499 du Code Civil, le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, est réputé acquêt. Mais cette présomption souffre la preuve contraire. Les conditions auxquelles cette preuve est assujettie ont été modifiées par la loi du 29 avril 1924.

443. Aux termes de l'article 1499 ancien il fallait un inventaire ou état en bonne forme pour faire tomber la présomption d'acquêt. La jurisprudence appliquait cette exigence rigoureusement, lorsque l'époux réclainant se trouvait en présence de tiers. Aucun autre acte, même reconnu sincère par ceux-ci, ne pouvait suppléer l'inventaire ou l'état authentique². Au contraire, lorsque le conflit s'élevait entre les époux ou leurs héritiers, la jurisprudence écartait l'article 1499

1. PLANIOL, III, n° 1061 *bis*.

2. Cass. Civ. 22 novembre 1886, S. 1889, I, 465, J. Pal. 1889, I, 1164.

pour s'en tenir aux prescriptions plus douces de l'article 1504. Elle admettait en conséquence que la consistance et l'identité du mobilier appartenant lors du mariage¹, ou échu depuis à l'un ou l'autre époux², pût être prouvée, en l'absence d'inventaire ou état authentique, par un titre ou document privé, même n'émanant pas du défendeur à l'action en reprise³. En outre, si le défaut d'inventaire portait sur un mobilier échu à la femme pendant le mariage, celle-ci ou ses héritiers étaient reçus à faire la preuve par témoins et même par commune renommée de la valeur de ce mobilier (art. 1504 al. 3 C. Civ.).

444. Aux termes de l'article 1499 modifié par la loi du 29 avril 1924, « le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, est réputé acquêt, sauf preuve contraire, établie suivant le droit commun à l'usage des tiers. — Entre époux, la preuve est réglée par les articles 1502 et 1504 ». La loi de 1924 a donc consacré purement et simplement le système suivi par la jurisprudence en ce qui concerne la preuve à fournir par les époux dans leurs rapports entre eux pour l'exercice de leurs reprises. Mais, en ce qui concerne la preuve à fournir à l'égard des tiers, elle supprime la nécessité d'un inventaire ou état en bonne forme et renvoie au droit commun.

Quel est le droit commun applicable en l'occurrence ? Ne peut-on pas dire : ce que l'époux a à prouver, c'est sa possession antérieure au mariage du meuble par lui revendiqué, où la possession de son auteur ; or la possession est un fait matériel qui peut être prouvé par tous moyens, notamment par témoins et par présomptions. La preuve à l'encontre des tiers serait alors plus facile qu'à l'encontre du conjoint ou de ses héritiers, vis-à-vis desquels un écrit est toujours nécessaire, et cela est inadmissible⁴. Pour la même raison le droit

1: Cass. Req. 30 juillet 1872 (mari), S. 1872, I, 326, *J. Pal.* 1872, 855 ; D. P. 1873, I, 244 ; 16 janvier 1877 (femme), *J. Pal.* 1877, 409, D. P. 1878, I, 265 ; Civ. 20 août 1884, S. 1885, I, 126, *J. Pal.* 1885, 275, D. P. 1885, I, 312.

2. Cass. Civ. 14 mai 1879, S. 1880, I, 17, *J. Pal.* 1880, 24 ; Req. 22 juillet 1889, S. 1893, I, 405, D. P. 1890, I, 421.

3. Civ. 14 mai 1879 précité.

4. CAPITANT, *Rev. tr. de dr. civ.* 1925, p. 495 et s., n° 24 ; FARGEAUD, *De la preuve des reprises mobilières sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1925, p. 258 et s. M. SAVATIER (*Commentaire de la loi du 29 avril 1924*,

commun de l'article 1341 C. Civ., d'après lequel la preuve testimoniale serait recevable lorsqu'il s'agirait d'un bien d'une valeur inférieure à 500 francs, ne saurait davantage être invoqué contre les tiers ; au reste, l'époux ne leur réclame pas l'exécution d'une obligation ni ne se prétend libéré vis-à-vis d'eux (art. 1315 C. Civ.)¹. Le droit commun de la preuve de l'origine et de la consistance du mobilier sous la communauté, celui auquel renvoie l'article 1499, c'est la preuve écrite, quelle que soit la valeur des biens. Il résulte, en effet, de l'article 1504 et aussi des articles 1415 C. Civ. et 4 l. 13 juillet 1907 que la loi, lorsqu'elle entend permettre la preuve testimoniale en cette matière, le déclare expressément : elle la considère par conséquent comme exceptionnelle, et l'article 1504 al. 2 exige un titre sans distinction de valeur. Un écrit sera donc toujours nécessaire à l'égard des tiers, même s'il s'agit d'un mobilier échu à la femme pendant le mariage et non inventorié ; l'exception établie par l'article 1504 al. 3 en ce qui concerne ce mobilier n'est opposable qu'au mari ou à ses héritiers². Si l'écrit ne fait pas preuve suffisante, le mari ou la femme pourront d'ailleurs le compléter par témoignages et présomptions³.

On ne peut évidemment exiger que l'écrit émane du tiers à qui l'époux l'oppose, puisque l'objet de la preuve n'est pas un acte auquel ce tiers a été partie. Il n'y a pas lieu non plus d'exiger qu'il émane du conjoint de l'époux demandeur, puisque cette condition n'est pas requise, lorsque ce conjoint est lui-même défendeur⁴.

Lois nouvelles 1924, I, 337 et s., nos 40 et 41) estime qu'en vertu du droit commun auquel soumet les tiers l'article 1499 nouveau, l'époux pourrait prouver par témoins et présomptions sa possession antérieure au mariage, mais il leur reconnaît la faculté d'agir au nom de leur débiteur (le conjoint de l'époux demandeur), conformément à l'article 1166 C. Civ., pour repousser une pareille preuve et exiger une preuve écrite ; seulement, en ce cas, ils devraient subir toutes les exceptions opposables à leur débiteur, notamment l'aveu de celui-ci.

1. CAPITANT, *op. et loc. cit.* ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 441. *Contra* : FARGEAUD, *op. et loc. cit.*

2. CAPITANT et PLANIOL, RIPERT et NAST, *op. et loc. cit.*

3. PLANIOL, RIPERT et NAST, *loc. cit.*

4. CAPITANT, *art. précit.*, n° 25.

Faut-il que l'écrit opposé aux tiers ait date certaine ? Dans les rapports entre époux, cela n'est pas nécessaire¹. Vis-à-vis des tiers, il y a lieu de faire une distinction. S'agit-il d'un écrit dressé pour constater un acte juridique, la date certaine s'impose (art. 1328 C. Civ.), à moins que cet acte n'en soit dispensé (quittance, acte de commerce). S'agit-il d'un écrit non rédigé en vue de faire preuve de la passation d'un acte juridique, comme les registres et papiers domestiques, la date certaine n'est pas nécessaire².

D'autre part, en l'absence d'écrit, l'aveu et le serment des tiers auront force probante contre eux, mais non l'aveu et le serment du conjoint du demandeur : il serait à craindre qu'ils ne cachent une collusion entre les époux³.

Il reste à déterminer le sens du mot « tiers ». Ce sont les créanciers de la communauté, à l'exclusion des créanciers personnels de la femme et des créanciers personnels du mari, qui n'auraient pas action sur la totalité des biens communs : par exemple, ceux dont la créance contre le mari serait née après la dissolution de la communauté⁴. Les créanciers personnels des époux doivent être traités comme les époux eux-mêmes dont ils sont les ayants-cause, et non comme des tiers.

Il nous faut appliquer ces règles à la preuve de la reprise en nature des parts sociales.

445. *Parts sociales possédées au jour du mariage.* — Considérons d'abord les parts sociales possédées par l'un ou l'autre époux lors du mariage.

Avant la loi du 29 avril 1924, on pouvait se demander si, pour permettre d'en effectuer la reprise en nature à l'égard des tiers, un inventaire authentique du fonds social au jour du mariage n'était pas nécessaire. Nous ne le pensons pas, du

1. CAPITANT, *art. précit.*, p. 517.

2. CAPITANT, *art. précit.*, n° 26. MM. SAVATIER (*art. précit.*, n° 37) et FARGEAUD (*th. précit.*, p. 266 et s.) exigent la date certaine à l'égard des tiers sans distinction.

3. CAPITANT, *art. précit.*, p. 524, note 1 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 440-1°.

4. CAPITANT, *art. précit.*, n° 23. *Contra* : Montpellier 12 novembre 1924, D. P. 1925, II, 17 ; FARGEAUD, *th. précit.*, p. 252, d'après qui les tiers seraient toutes les personnes autres que les époux ou leurs héritiers qui pourraient se trouver intéressées à invoquer la présomption d'acquêt.

moins en ce qui concerne les parts dans les sociétés douées de personnalité, sociétés de personnes aussi bien que sociétés de capitaux. L'époux associé n'a en effet aucun droit de propriété sur les biens de ces sociétés, mais seulement un droit de créance. Il suffisait donc, aux termes de l'article 1499 ancien, que ce droit de créance fût mentionné dans un inventaire ou état en bonne forme, notamment au contrat de mariage, pour être repris en nature. — Un inventaire authentique des meubles sociaux n'était-il pas, au contraire, de rigueur, relativement aux parts dans les sociétés dénuées de personnalité ? Nous ne le pensons pas non plus, car dans ces sociétés le fonds social, bien qu'indivis entre les associés, forme une universalité dont les divers éléments ne se confondent pas en fait avec les autres biens des associés, et nous avons admis que l'époux, à la dissolution de la communauté, reprenait sa part dans tous les biens sociaux existant alors, même dans ceux acquis au cours de la communauté, sauf récompense s'il y avait lieu. Il suffisait donc également, suivant les prescriptions de l'article 1499 ancien, que la part possédée par un époux lors du mariage dans une société dénuée de personnalité fût mentionnée dans un inventaire ou état en bonne forme pour être reprise en nature¹.

446. La possession d'une part sociale par l'un ou l'autre époux lors du mariage avait-elle même absolument besoin d'être constatée authentiquement à l'encontre des tiers ? Les auteurs soustrayaient généralement à l'exigence de l'inventaire ou état en bonne forme à l'égard des tiers certains biens dont l'existence apparaissait aux yeux de tous avec une netteté exceptionnelle, par exemple les offices ministériels, les fonds de commerce et les valeurs nominatives². Il y avait même raison d'excepter des rigueurs de l'article 1499 ancien les parts dans les sociétés de personnes que les actions nominatives ou les fonds de commerce. La Cour de Cassation ne s'était pas prononcée sur la question. Mais des auteurs

1. L'arrêt de Cass. Req. 15 mai 1899, S. 1900, I, 113 ne saurait être invoqué en sens contraire : il statue sur un cas de reprise en valeur.

2. RODIÈRE et PONT, II, n° 1274 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1482 ; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 1302 ; DE LOYNES, note D. P. 1908, I, 353 ; Agen 24 mars 1902 (motifs), D. P. 1903, II, 433, et la note de M. CAPITANT.

critiquaient le traitement de faveur fait au fonds de commerce : les éléments dont celui-ci se compose, spécialement le matériel et les marchandises, sont, en effet, sujets à variations fréquentes, et il eût été facile d'en augmenter considérablement l'importance par des acquisitions effectuées à l'aide de deniers communs¹. Cette critique ne touchait pas les parts sociales, si, comme nous l'avons dit, il n'était pas nécessaire de dresser un inventaire authentique du fonds social lors du mariage. D'autre part, on avait mis en doute que la Cour de Cassation se fût contentée d'une inscription sur les registres privés d'une société² ; on pouvait pareillement douter qu'elle se fût contentée d'un acte de société sous seing privé, encore qu'il fût publié. Par contre, il était permis de penser qu'elle eût accepté un acte authentique de société, de même qu'une inscription au Grand Livre de la Dette Publique, qui pouvait être regardée comme un acte authentique³. La Cour de Bordeaux avait jugé aussi qu'un bordereau d'agent de change constituait l'état en bonne forme prescrit par l'article 1499⁴ ; cependant il est discutable qu'un bordereau d'agent de change soit un acte authentique⁵.

447. Avant la loi du 29 avril 1924, entre les époux ou leurs héritiers, la possession d'une part sociale lors du mariage pouvait être établie par tout document écrit, dont la valeur probante était laissée à l'appréciation des juges, mais elle ne pouvait l'être par témoignages ou présomptions et encore moins par la commune renommée.

448. Depuis la loi du 29 avril 1924, un époux peut prouver à l'aide de tout document écrit, aussi bien à l'égard des tiers, c'est-à-dire des créanciers de la communauté, qu'à l'égard de son conjoint ou des héritiers de ce dernier, qu'il était titulaire d'une part sociale au jour de la célébration du mariage. Les juges pourront seulement se montrer plus difficiles dans

1. LYON-CAEN, note S. 1900, I 113 ; CAPITANT, note D. P. 1903, II, 433 ; AUBRY et RAU, VIII, § 522, note 28 bis.

2. DE LOYNES, note D. P. 1908, I, 353.

3. DE LOYNES, note précitée.

4. 5 décembre 1911, S. 1913, II, 199.

5. Pour l'affirmative : LYON-CAEN et RENAULT, III, n° 62 ; pour la négative : WAHL, *Précis*, n° 426.

leur appréciation du titre produit, si le litige a lieu avec des tiers, que s'il a lieu entre les époux ; et, s'il s'agit d'un écrit dressé en vue de constater un acte juridique, il devra avoir date certaine avant le mariage vis-à-vis des tiers, à moins qu'il ne soit exempt par sa nature des prescriptions de l'article 1328 C. Civ.

449. La reprise en nature des parts dans les sociétés de personnes et des parts dans les sociétés à responsabilité limitée sera justifiée, à défaut de mention de ces parts dans le contrat de mariage, par l'acte de société même sous seing privé antérieur au mariage. Cet acte devra avoir date certaine avant le mariage vis-à-vis des tiers, s'il est sous seing privé et si la société est civile. Devra-t-il également avoir date certaine, si la société est commerciale ? On s'accorde à soustraire aux règles de l'article 1328 C. Civ. les actes de commerce susceptibles d'être prouvés par témoins conformément à l'article 109 C. Com., bien qu'ils soient consignés par écrit. La question est discutée en ce qui concerne les actes de commerce pour lesquels la loi exige la rédaction d'un écrit, comme les actes de société. D'après certains auteurs et arrêts, l'article 1328 serait inapplicable même aux actes de commerce qui doivent être rédigés par écrit¹. Dans l'opinion dominante, au contraire, l'article 1328 reprend son empire relativement à ces actes². Des auteurs exceptent, toutefois, les actes de commerce qui, en vertu d'une disposition légale, doivent être datés : la date de ces actes ferait foi par elle-même³. On a proposé aussi de distinguer entre les actes pour lesquels l'écrit est exigé à titre de preuve et qui seraient soumis à l'article 1328, et ceux pour lesquels l'écrit est exigé à titre de solennité et qui échapperaient à l'article 1328⁴. L'acte de société commerciale rentre-t-il dans la première exception ? C'est douteux. Certes, la mention de la date de l'acte de société est impli-

1. ALAUZET, *Comment. du Code de Comm.*, V, n° 1679 ; BOISTEL, *Pr. de dr. comm.*, 3^e éd., n° 440 ; Bordeaux 22 août 1860, S. 1861, II, 49, *J. Pal.* 1861, 326 ; 9 mars 1896, S. 1899, II, 273, et la note de M. WAHL.

2. MASSÉ, *Le dr. comm. dans ses rapports avec le dr. des gens et le dr. civ.*, IV, n° 2436 ; DUFOUR, *Dr. marit.*, II, n° 507 ; LYON-CAEN et RENAULT, III, n° 58 *ter* ; BONNIER, *Tr. des preuves*, 5^e éd. par LARNAUDE, n° 702 ; VALABRÈGUE, *Nouv. cours de dr. comm.*, n° 233.

3. MASSÉ, *op. cit.*, IV, n° 2437 ; LYON-CAEN et RENAULT, III, n° 58 *bis*.

4. VALÉRY, note D. P. 1899, II, 65.

quée par l'article 55 de la loi du 24 juillet 1867, qui prescrit le dépôt de cet acte aux greffes de la Justice de Paix et du Tribunal de Commerce du siège social dans le mois de la constitution de la société, mais elle n'est requise expressément par aucune disposition légale, à la différence de celle de la date de la lettre de change (art. 110 C. Com.), et de la police d'assurance maritime (art. 332 C. Com.). L'acte de société commerciale rentre-t-il dans la deuxième exception proposée à l'article 1328 ? On répondra affirmativement si, avec la jurisprudence, on estime que l'écrit pour les sociétés commerciales est exigé *ad solemnitatem* ; on répondra négativement si, avec la majorité des auteurs à l'opinion desquels nous nous rallions, on estime qu'il est exigé *ad probationem*. — Mais nous pensons que pour décider si un acte de commerce obligatoirement rédigé par écrit doit être ou non assujéti à l'article 1328, il n'y a pas lieu de rechercher si l'indication de la date de cet acte n'est pas ou est prescrite par la loi (elle est prescrite pour les parties bien plutôt que pour les tiers), ou si l'écrit est requis *ad probationem* ou *ad solemnitatem* (l'article 1328 ne distingue pas) ; il faut se référer aux motifs sur lesquels est fondée la non-application de l'article 1328 aux actes de commerce¹ et voir si ces motifs se rencontrent ou non en ce qui concerne l'acte considéré ? Les principales raisons alléguées pour affranchir les actes de commerce de l'exigence de la date certaine : possibilité de la preuve par témoins de ces actes, rapidité et multiplicité des affaires commerciales, possibilité de déjouer les fraudes relatives à la date par l'examen comparatif des livres des parties, ne sont pas valables à l'égard des actes de société. La preuve testimoniale n'est pas admise pour eux (art. 41 C. Com.) ; ils ne constatent pas une simple opération commerciale mais la constitution d'une personne morale ; ils doivent être enregistrés avant d'être déposés aux greffes de la Justice de Paix et du Tribunal de Commerce ; ils ne sont pas de nature à être mentionnés sur les livres de commerce. Un acte de société commerciale, suivant nous, ne fait donc foi de sa date à l'égard des tiers, et notamment des créanciers de la communauté en matière de reprises, que dans les conditions de l'article 1328. — Est-ce à dire que nous refuserions à un époux tout droit de reprendre en propre à l'encontre des tiers une part dans une société

1. Cf. WAHL, note S. 1899, II, 273.

dont l'acte porterait une date antérieure au mariage et n'aurait été enregistré et publié que postérieurement ? Non ; il pourrait prouver, conformément au droit commun, qu'il possédait avant le mariage les biens par lui apportés à la société et que la part sociale par lui acquise en échange a été subrogée à ces biens. Si l'enregistrement de l'acte avait eu lieu peu après le mariage et que les apports aient été immédiatement réalisés aux termes dudit acte, nous admettrions même, au profit de l'époux apporteur, à l'égard des tiers, une présomption de propriété antérieure au mariage des biens apportés, car la communauté d'acquêts n'aurait très vraisemblablement pas eu le temps d'acquérir de biens ; et si l'apport de l'époux consistait en choses consommables par le premier usage, en deniers par exemple, nous admettrions la subrogation de la part sociale sans autres formalités : estimât-on nécessaire en ce cas la double indication dans l'acte de l'origine des deniers et de l'intention d'emploi, elle résulterait suffisamment, selon nous, de la date donnée à l'acte ; elle n'a pas besoin, en effet, d'être exprimée en termes sacramentels. Par contre, au cas où il s'agirait d'un apport en industrie ou d'un apport mixte en biens et en industrie, nous exigerions la date certaine antérieure au mariage de l'acte de société, pour que la part sociale de l'époux ou sa fraction de part sociale correspondant à son apport en industrie pût être considérée comme propre à l'égard des tiers.

450. La production d'un acte, même sous-seing privé, antérieur au mariage, de cession d'une part dans une société de personnes ou dans une société à responsabilité limitée permettra également à l'époux cessionnaire, à défaut de mention de cette part dans le contrat de mariage, de la reprendre en nature. Si la cession porte sur une part d'associé en nom dans une société commerciale, l'acte de cession étant commercial n'aura pas besoin d'avoir date certaine vis-à-vis des tiers ; si elle porte sur une part de commanditaire ou une part dans une société à responsabilité limitée, l'acte de cession n'étant pas commercial devra avoir date certaine avant le mariage vis-à-vis des tiers, mais la cession n'aura pas besoin d'avoir été signifiée à la société ou acceptée par elle dans un acte authentique avant le mariage, si elle a pour objet une part dans une société à responsabilité limitée.

451. Les actions nominatives, non mentionnées au con-

trat de mariage, mais inscrites au nom d'un époux sur les registres de la société avant le mariage, pourront être reprises en nature par cet époux ou ses héritiers. L'inscription sur les registres sociaux échappe par sa nature même aux prescriptions de l'article 1328 ; sa date fera foi par elle-même vis-à-vis des tiers. Les actions nominatives, existant au jour du mariage et converties en actions au porteur au cours du mariage, pourront être également reprises tant à l'encontre des tiers que du conjoint ou de ses héritiers¹. De même pourront être reprises *erga omnes* les actions transférées pendant le mariage au nom d'un époux en vertu d'un acte de partage d'une succession ouverte avant le mariage.

452. La possession antérieure au mariage d'actions au porteur non mentionnées au contrat de mariage pourra être prouvée au moyen de bordereaux d'agents de change, bordereaux ou avis de banquiers, récépissés de dépôt en banque, ou même des registres ou papiers domestiques de l'époux revendiquant, constatant l'acquisition de ces actions ou la perception des dividendes y afférents antérieurement au mariage. Lesdits bordereaux d'agents de change, même s'ils ne sont pas authentiques, bordereaux ou avis de banquiers, récépissés de dépôt, registres et papiers domestiques seront dispensés, en raison de leur nature, de la date certaine vis-à-vis des tiers. Mais nous estimons qu'à l'égard de ceux-ci ils devront contenir les numéros des actions au porteur pour permettre à l'époux ou, à ses héritiers d'en effectuer la reprise en nature. Au contraire, l'indication des numéros sur le document produit ne sera pas nécessaire à cet effet, selon nous, à l'égard du conjoint ou de ses héritiers, à supposer que ce document soit d'une date rapprochée de celle du mariage. L'époux revendiquant ou ses héritiers pourront reprendre un nombre d'actions de même catégorie de la même société égal à celui qu'il possédait ou que leur auteur possédait lors du mariage. — Bien entendu, un inventaire, un acte de partage, un compte de tutelle, antérieur au mariage ou même postérieur mais se rapportant à une succession ouverte antérieurement, permettrait à l'époux de reprendre en nature les actions au porteur y mentionnées comme lui revenant. Quant aux actions à lui données pendant le mariage en paiement d'un reliquat de compte de tutelle, elles lui devien-

1. Trib. Civ. Seine 18 mai 1898, *Rev. Soc.* 1899, 420.

draient propres de plein droit en vertu de l'article 1406 C. Civ., si elles étaient données par le père, la mère ou un autre ascendant ; elles ne deviendraient propres que moyennant l'accomplissement des formalités de l'article 1434 C. Civ., si elles étaient données par une autre personne.

453. Les actions souscrites avant le mariage et délivrées après, avons-nous dit, restent propres. La date du bulletin de souscription fera foi par elle-même vis-à-vis des tiers, la souscription étant un acte commercial. Mais ce bulletin sera entre les mains de la société ; l'époux se trouvera donc dans l'impossibilité de le représenter ; il pourra prouver par tous moyens l'antériorité de sa souscription au mariage (art. 1348 C. Civ.), notamment par la quittance de la somme versée pour la libération des actions souscrites, par un avis de répartition à lui envoyé par les fondateurs, par l'inscription de son nom sur la liste des souscripteurs annexée à la déclaration notariée de souscription et de versement, si ces quittance, avis et liste portent eux-mêmes une date antérieure au mariage.

454. Au cas où des actions au porteur, dont la possession par l'un des époux antérieure au mariage serait établie par un des moyens sus-indiqués, auraient été converties en actions nominatives au nom de cet époux pendant le mariage, il pourrait les reprendre en nature.

455. *Parts sociales échues au cours du mariage.* — Avant la loi du 29 avril 1924, les biens meubles échus aux époux pendant le mariage devaient également être constatés par un inventaire ou état en bonne forme pour être repris en nature à l'égard des tiers. On pouvait dès lors se demander si la reprise des parts sociales échues au cours du mariage à l'égard des tiers n'était pas subordonnée à la confection d'un inventaire authentique du fonds social lors du décès ou de la donation. Comme pour les parts sociales possédées lors du mariage et pour la même raison nous aurions répondu négativement. — Mais s'il s'agissait d'une part sociale recueillie par un époux en vertu d'une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, ne fallait-il pas que cette clause fût relatée dans un inventaire authentique ? La production de l'acte de société, même publié, contenant cette clause, eût-elle été insuffisante ? La solution affirmative aurait été bien rigoureuse. Cependant on ne peut savoir

jusqu'où aurait été l'intransigeance de la Cour de Cassation. N'aurait-il pas fallu aussi, en cas de clause d'option au profit des survivants, que l'option de ceux-ci fût constatée par acte authentique ? — Des actions nominatives recueillies par succession ou donation et immatriculées encore au nom du défunt ou du donateur lors de l'action en reprise, ou transférées directement au nom de l'époux héritier ou donateur à la suite du décès ou de la donation, auraient-elles pu être reprises en nature vis-à-vis des tiers, bien qu'elles n'aient pas été constatées par un inventaire ou état en bonne forme ? Les mêmes doutes s'élèvent qu'en ce qui concerne les actions inscrites au nom d'un époux lors du mariage¹. — La Cour de Cassation avait décidé qu'un certificat de propriété notarié constatant les droits des héritiers, au nombre desquels se trouvait un époux commun en biens acquêts, sur des valeurs mobilières dépendant d'une succession, et dressé en vue d'opérer un transfert, n'était pas l'équivalent d'un état en bonne forme² ; mais il ne fallait peut-être pas attribuer à cette décision une portée absolue, car, en l'espèce, les juges du fond n'avaient pas considéré le certificat de propriété comme une preuve suffisante ; ils avaient commis un notaire à l'effet de rechercher si la succession comprenait les titres dont s'agissait, et, dans le cas de l'affirmative, de vérifier ce qu'était devenue la part de l'époux héritier dans lesdites valeurs et si une reprise pouvait être exercée de ce chef par lui ou son représentant ; or l'inventaire ou état en bonne forme, dont parlait l'article 1499 ancien, devait assurément faire pleine preuve du principe et de la consistance de la reprise³. — Un testament authentique contenant un legs particulier d'actions au profit d'un époux aurait-il permis à cet époux de reprendre les actions léguées à l'encontre des tiers ? C'est douteux, car l'époux aurait pu acquérir ces actions à un autre titre que celui de légataire.

1. Un arrêt de la Cour de Grenoble (15 novembre 1910, D. P. 1911, II, 217, note de M. MAGNOL) avait admis la reprise en nature, à l'égard des tiers, de titres nominatifs transférés, à la requête de tous les héritiers dont les qualités avaient été établies à cet effet par un acte de notoriété notarié, du nom du défunt au nom de la femme héritière.

2. Cass. Civ. 3 janvier 1910, S. 1912, I, 145 (note de M. WAHL), D. P. 1910, I, 113 (note de M. DE LOYNES).

3. Cf. notes précitées de MM. WAHL et DE LOYNES.

456. Depuis la loi du 29 avril 1924, la justification de la consistance et de l'identité du mobilier échu à l'un ou l'autre époux pendant le mariage, peut se faire, à l'égard des tiers, au moyen de tout document écrit, dont la valeur est laissée à l'appréciation des juges. Dans les rapports entre époux, avant comme depuis la loi du 29 avril 1924, cette justification peut se faire également au moyen de tout document écrit laissé à l'appréciation des juges ; et, si le mari a omis de faire inventorier un mobilier échu à la femme, celle-ci ou ses héritiers sont admis à prouver par témoins, et même par commune renommée, la valeur de ce mobilier (art. 1504 al. 3).

Réserve faite de ces moyens de preuve au profit de la femme ou de ses héritiers (et ils leur seraient refusés, si la femme avait, au moment où le mobilier lui est échu, l'administration de ses propres¹), nous allons rechercher quels documents un époux ou ses héritiers pourront produire, à défaut d'inventaire ou état authentique, pour exercer, soit à l'encontre des tiers, soit à l'encontre de son conjoint ou des héritiers de ce dernier, la reprise en nature de parts sociales à lui échues au cours du mariage.

457. Si l'époux a recueilli pendant le mariage par succession une part dans une société à responsabilité limitée ou une part dans une société de personnes en vertu d'une clause de continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, il la reprendra, à l'encontre de son conjoint ou des tiers, en produisant l'acte de la société de personnes, contenant ladite clause, ou l'acte de la société à responsabilité limitée, dont son auteur était membre, et, si ce dernier était devenu associé après la constitution de la société, l'acte de la cession à lui consentie. Au cas où l'époux prétendrait avoir dans la société une part plus importante que celle à laquelle lui donnait droit sa vocation héréditaire, il devrait montrer qu'il a acquis le surplus de ses co-héritiers au moyen d'un acte de partage ou d'un autre acte doué d'effet déclaratif ou dans les conditions de l'article 1408.

458. Un époux pourra reprendre à l'encontre de son conjoint et des tiers les actions nominatives encore immatriculées au nom du défunt. Il pourra de même reprendre les actions nominatives transférées du nom du défunt au sien

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 438.

après le décès, à supposer d'ailleurs qu'il fût seul héritier. Il pourra aussi, à supposer toujours qu'il fût seul héritier, reprendre les actions nominatives du défunt converties au porteur après le décès.

Au cas où l'époux serait en concours avec d'autres héritiers, il pourra reprendre, vis-à-vis de son conjoint et des tiers, les actions nominatives du défunt immatriculées à son nom en vertu d'un transfert d'ordre effectué en conformité d'un acte de partage ou de tout autre acte déclaratif de propriété. Il reprendra également *erga omnes* sa part indivise dans les actions transférées conjointement et indivisément aux noms de tous les héritiers, dont il est. Si les actions après avoir été immatriculées indivisément aux noms de tous les héritiers avaient été transférées privativement à chacun d'eux pendant le mariage, les actions immatriculées au nom de l'époux héritier en vertu de ce transfert devraient lui être reconnues propres, bien qu'elles fussent d'un nombre supérieur à celui auquel lui donnait droit sa vocation héréditaire : le transfert dont s'agit, requis par tous les héritiers, suppose en effet un acte faisant cesser l'indivision entre eux, donc doué de rétroactivité.

459. Pour reprendre des actions au porteur recueillies par succession à l'encontre de son conjoint et des tiers, l'époux, s'il est seul héritier, pourra présenter le bordereau d'achat de son auteur ou le récépissé de dépôt en banque au nom de ce dernier ; il pourra se servir aussi des registres et papiers domestiques de celui-ci, constatant l'achat des actions ou la perception des coupons. Le document produit devra être d'une date rapprochée de celle du décès, de manière à établir d'une façon suffisamment certaine que le défunt est resté en possession des actions jusqu'à son décès. Il devra en outre, pensons-nous, vis-à-vis des tiers, mentionner les numéros des actions, et des numéros concordant avec ceux des actions revendiquées. On pourra ne pas exiger cette mention des numéros, dans les rapports entre époux, et permettre au réclamant de reprendre un nombre d'actions de même catégorie de la même société égal à celui indiqué sur le document. — La déclaration de succession, même signée uniquement par le mari seul héritier, pourra justifier, à l'égard du conjoint comme des tiers, la reprise en nature des actions y énoncées : il est peu probable que l'époux déclare des actions non com-

prises dans la succession, sur lesquelles il paiera des droits élevés, dans le seul but de se ménager la reprise de ces actions ; la fraude, en tout cas, ne se présume pas.

Si l'époux héritier est en concours avec d'autres héritiers, il devra en outre montrer qu'il tient les actions au porteur qu'il réclame d'un acte de partage, ou d'un autre acte déclaratif de propriété, ou d'un acte d'acquisition dans les conditions de l'article 1408.

Si l'époux voulait reprendre des actions inscrites à son nom par suite de la conversion du porteur au nominatif, effectuée pendant le mariage, d'actions au porteur qu'il avait recueillies par succession, il devrait prouver sa possession préalable des dites actions au porteur à titre héréditaire par l'un des moyens sus-indiqués.

460. En cas de legs de parts sociales à titre particulier, l'époux légataire devra produire outre le testament l'acte de délivrance de legs à lui consentie par les héritiers. S'il n'avait pas été passé acte de la délivrance de legs ou si cet acte étant sous seing privé se trouvait entre les mains des héritiers, l'époux devrait prouver par l'un des moyens sus-indiqués que le testateur était resté en possession des parts sociales léguées jusqu'à son décès.

461. Les parts sociales données au cours du mariage à l'un ou l'autre époux seront reprises en nature sur la production de l'acte de donation contenant l'état descriptif desdites parts sociales. — S'il s'agit d'une donation déguisée, l'époux donataire est autorisé à retenir comme propre le bien à lui donné, en établissant le véritable caractère de l'acte¹. Mais si l'époux donataire peut faire la preuve du déguisement à l'encontre de son conjoint ou des héritiers de celui-ci, peut-il la faire aussi à l'encontre des créanciers de la communauté ? En fait, la question ne se pose que pour la femme ou ses héritiers. La négative, selon nous, s'impose. Les créanciers de la communauté nous paraissent être des tiers au sens de l'article 1321 C. Civ. L'acte apparent rend la communauté propriétaire ; comme tous les créanciers chirographaires du propriétaire apparent², ils sont en droit de repousser la preuve

1. RODIÈRE et PONT, I, n° 592 ; AUBRY et RAU, VIII, § 507, texte et note 38 ; PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 225.

2. PLANIOL, II, nos 1195 et 1197.

de la simulation. — S'il s'agit d'un avantage procuré à un époux par un contrat à titre onéreux et ayant le caractère d'une libéralité, on ne se trouve plus en présence d'une donation déguisée. La libéralité, résultant de l'acte à titre onéreux lui-même, est opposable aux tiers comme au conjoint. S'il s'agit d'un don manuel, le mari donataire ou ses héritiers devront prouver par écrit, notamment par les registres et papiers domestiques du donateur, tant le fait de la donation que la consistance des biens donnés¹ ; la femme donataire ou ses héritiers pourront faire cette double preuve par témoins et même par commune renommée, mais à l'égard du mari ou de ses héritiers seulement, si le mari a négligé de faire dresser inventaire des biens donnés : l'article 1504 alinéa 3 s'applique, en effet, aussi bien au mobilier échu à la femme par donation que par succession, et au fait même de l'acquisition, et en particulier du don manuel, qu'à la consistance et valeur des biens reçus². Si la donation a été réalisée au moyen d'un transfert réel, la preuve du fait de la donation devra être faite de la même manière que pour le don manuel, par le mari et par la femme, qui bénéficiera également à cet égard de la disposition de faveur de l'article 1504 al. 3.

462. L'acte d'acquisition de parts sociales dans les conditions de l'article 1406 devra être produit pour la reprise en nature de ces parts. Quant à la fraction de part sociale acquise dans les conditions de l'article 1408, il y aura lieu non seulement de produire l'acte d'acquisition mais encore de prouver par l'un des moyens sus-indiqués la possession antérieure à titre de propre d'une autre fraction indivise de ladite part.

463. En ce qui concerne les actions comprises dans un trésor découvert au cours de la communauté, le mari inventeur, pour les reprendre en nature, aura-t-il dû faire constater sa découverte par un notaire et faire dresser un inventaire des

1. Cass. Civ. 29 décembre 1902, S. 1903, I, 186.

2. Cass. Req. 28 novembre 1866, S. 1867, I, 110, *J. Pal.* 1867, 264 ; Douai 11 avril 1884, S. 1884, II, 156, *J. Pal.* 1884, 870 ; Cass. Civ. 29 décembre 1902 *précité*. V. cep. Bordeaux 26 janvier 1874, S. 1874, II, 140, *J. Pal.* 1874, 607, d'après lequel l'article 1504, en admettant la femme à prouver par commune renommée la valeur du mobilier à elle donné pendant le mariage et non inventorié, ne l'autorise pas à établir, par ce genre de preuve, l'existence même de la donation.

biens trouvés, ou au moins obtenir une reconnaissance écrite de la femme ? La découverte d'un trésor étant un fait exceptionnel et certainement en dehors des prévisions de l'article 1341 comme de l'article 1504, nous estimons qu'il y aurait lieu d'admettre une exception à la règle de la preuve écrite en ce qui la concerne et d'autoriser le mari à prouver même par témoins tant le fait de la découverte que la consistance des biens trouvés. La femme pourra faire cette preuve par commune renommée, à l'encontre de son mari ou des héritiers de ce dernier, selon l'article 1504 al. 3, et par témoins, comme le mari, à l'encontre des tiers.

464. La preuve du caractère propre d'une part sociale acquise, pendant la communauté, en vertu d'une clause du pacte social, d'un associé décédé ou s'étant retiré, par un époux déjà titulaire d'une part dans la société, comportera d'abord celle du caractère propre de la part sociale possédée antérieurement par l'époux selon l'un des modes sus-indiqués, puis la production de l'acte de société contenant la clause d'accroissement ou de préemption au profit des associés survivants ou restants, et, suivant les cas, la preuve du décès du co-associé, la production de l'acte d'option des survivants, ou de l'acte d'acquisition faite de l'associé qui s'est retiré.

465. En ce qui concerne les actions souscrites en vertu d'un droit de préférence, il faudra prouver d'abord le caractère propre des actions anciennes ou des titres anciens munis du droit de préférence, puis produire un extrait des statuts ou de la délibération de l'assemblée générale ayant conféré ledit droit de préférence au propriétaire de ces actions ou titres ainsi que de la délibération de l'assemblée générale ayant décidé l'augmentation du capital. Il y aura lieu de vérifier si le nombre d'actions nouvelles revendiquées par l'époux est égal à celui auquel lui a donné droit de souscrire à titre irréductible ou que lui a permis d'obtenir dans la répartition des actions souscrites à titre réductible le nombre d'actions anciennes ou de titres anciens possédés par lui. La preuve de l'exercice du droit de souscription résultera du détachement du coupon à ce destiné ou de l'estampille apposée sur le titre ancien. — S'il s'agit d'obligations souscrites en vertu d'un droit de préférence attaché à des actions anciennes, la preuve à faire sera semblable.

466. L'époux qui revendiquerait des actions nouvelles remises aux anciens actionnaires en représentation de réserves incorporées au capital, ou des actions anciennes préemptées par la société en vertu d'une clause des statuts et réparties entre les actionnaires restants, ou des actions de sociétés étrangères possédées par la société et réparties entre ses membres, devrait également prouver le caractère propre des actions anciennes, qui lui ont permis de venir à la distribution des autres actions, et produire un extrait de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé cette distribution.

467. S'il s'agit d'une part sociale acquise par échange, il y aura lieu de prouver le caractère propre du bien cédé en échange et de produire l'acte d'échange ou, à défaut d'acte, un commencement de preuve par écrit complété par témoignages ou présomptions, même pour une valeur inférieure à 500 francs¹.

468. En ce qui concerne les parts sociales acquises par emploi ou remploi, l'époux revendiquant devra justifier par écrit de l'origine propre et de la consistance des deniers employés ou remployés ; il devra justifier aussi par la quittance de l'autre époux ou par tous moyens, si la quittance a été délivrée à un tiers, de la réception de ces deniers, qu'ils soient propres au mari ou à la femme, par le mari chef de communauté et administrateur des biens de sa femme. Il devra, en outre, produire l'acte d'acquisition contenant la double déclaration d'origine et d'emploi ou remploi prescrite par l'article 1434 C. Civ. Lorsque cette double déclaration sera mentionnée sur des actions nominatives, il lui faudra établir qu'elle a bien été inscrite sur les titres mêmes qui lui ont été délivrés en exécution de son ordre d'achat. La femme ou ses héritiers devront prouver qu'elle a accepté formellement l'emploi ou le remploi par acte authentique ou sous seing privé ayant date certaine avant la dissolution de la communauté à l'égard des tiers².

469. Il faudra prouver le caractère propre des biens apportés en société pendant la communauté pour exercer la reprise de la part sociale acquise au moyen de cet apport, et produire

1. V. un cas de preuve d'échange d'actions à fin de reprise dans Rouen 3 juin 1907, *Gaz. Pal.* 1907, II, 237 (p. 244, 2^e col., § 4).

2. DALLÉ, *Jur. Gén. V^o Cont. de Mar.*, n^o 1431, Sup. eod. V^o n^o 525.

l'acte de société. Cet acte devrait contenir la double déclaration prescrite par l'article 1434, si l'apport consistait en biens consommables par le premier usage.

470. En cas de substitution d'une société à une autre au cours de la communauté par modification aux statuts ou par fusion, ou d'une manière générale en cas d'apport de droits dans une société dissoute à une société nouvelle, l'époux, pour reprendre en propre sa part dans la société nouvelle, devra prouver de l'une des manières sus-indiquées le caractère propre de sa part dans la société ancienne et produire l'acte modificatif ou l'acte de fusion ou l'acte constitutif de la société nouvelle.

471. En cas de conversion de parts de fondateur en actions pendant la communauté, les actions seront reprises sur la justification du caractère propre des parts de fondateur possédées avant la conversion et la production d'un extrait de la délibération de l'assemblée générale des porteurs de parts autorisant la conversion et de celle de l'assemblée générale des actionnaires la décidant.

472. Pour effectuer la reprise en nature de biens sociaux non fongibles attribués à l'époux associé pendant la communauté en cas de dissolution de la société ou de retraite, ledit époux devra prouver le caractère propre de sa part dans la société et produire l'acte de partage ou de licitation ou tout autre acte doué d'effet déclaratif, ou, en cas de retraite, l'acte d'attribution en vertu duquel il a acquis la toute propriété des biens revendiqués. Avant la loi du 29 avril 1924, il y avait lieu de se demander si un inventaire ou état authentique des biens de la société dissoute n'aurait pas été nécessaire ou si du moins l'acte de partage ou l'acte qui avait rendu l'époux propriétaire des biens sociaux revendiqués n'aurait pas dû être authentique. Sous l'empire de cette loi, l'inventaire privé dressé par le liquidateur, un acte de partage ou autre sous seing privé suffit sans nul doute tant à l'égard des tiers que dans les rapports entre époux. La femme pourrait même, à défaut d'inventaire, prouver, à l'encontre du mari ou de ses héritiers, par témoins et par commune renommée la consistance des biens sociaux à elle échus (art. 1404 al. 3).

473. *Preuve à l'égard de la société.* — Nous avons supposé jusqu'à présent que le conflit s'élevait entre les époux ou

leurs héritiers, ou entre l'un d'eux : la femme ou ses héritiers, et les créanciers de la communauté. Mais, ainsi que nous l'avons dit au début de ce titre, l'un ou l'autre époux peut, au cours ou après la dissolution de la communauté, avoir à justifier à la société du caractère commun ou propre d'une action nominative pour en faire effectuer le transfert ou modifier l'immatricule.

474. a) Au cours de la communauté, le mari peut demander le transfert au nom d'un tiers d'une action inscrite au nom de sa femme sans le consentement de celle-ci. Nous savons qu'il n'a pas le pouvoir d'aliéner les meubles propres de sa femme. La société, pour mettre à couvert sa responsabilité, devra donc exiger la production d'une expédition du contrat de mariage et de l'acte de mariage et vérifier sur ses registres et dans ses dossiers si le transfert au nom de la femme a été effectué avant le mariage ou en vertu d'un acte de partage ou de licitation d'une succession échue à la femme ou d'une donation à elle faite pendant la communauté. Dans ce cas, la société devra refuser le transfert, l'action étant incontestablement propre à la femme. — Mais s'il lui apparaît que l'immatriculation au nom de la femme provient d'un transfert réel ou d'une conversion du porteur au nominatif opérée au cours de la communauté, la société devra-t-elle déférer à la réquisition du mari sur la simple allégation de ce dernier que tout bien acquis pendant la communauté par un époux est présumé acquêt ? Nous pensons, au contraire, que la société sera en droit d'exiger du mari la preuve que l'action nominative de la femme a été acquise à titre onéreux pendant la communauté. Le transfert réel au nom de la femme a pu, en effet, servir à réaliser une donation à son profit ; la femme pouvait posséder lors du mariage ou a pu recueillir depuis à titre lucratif les actions au porteur converties à son nom. Il lui appartiendrait de faire cette preuve pour détruire la présomption d'acquêt. Mais elle n'a pu la faire, puisque, par hypothèse, le transfert a été effectué en dehors d'elle. Aussi estimons-nous que la société ne saurait se retrancher derrière la présomption d'acquêt pour repousser l'action en dommages-intérêts dirigé contre elle par la femme qui établirait le caractère propre des actions inscrites à son nom et transférées au nom d'un tiers sur la seule réquisition du mari. — Rigoureusement, la société sera, en outre, en droit

d'exiger du mari la justification qu'il a conservé ses pouvoirs de chef de communauté, c'est-à-dire que la communauté n'est pas dissoute. A la vérité, il lui sera pratiquement impossible de faire cette preuve. Comment établira-t-il qu'aucune séparation de corps ou de biens n'a été prononcée entre sa femme et lui ? Lui faudra-t-il à cet effet lever dans tous les greffes de France un certificat négatif ? Aussi le mari ne pourra-t-il, en fait, se passer du concours de sa femme pour faire opérer le transfert au nom d'un tiers de toute action inscrite au nom de celle-ci, si du moins la société réclame au mari la justification complète du caractère commun de l'action et de ses pouvoirs de chef de communauté¹.

475. b) Après la dissolution de la communauté, la femme survivante, divorcée ou séparée de corps, peut demander le transfert à son nom de femme veuve, divorcée ou séparée de corps des actions inscrites à son nom de femme mariée ; les héritiers de l'un ou l'autre époux peuvent demander le transfert d'actions nominatives du défunt à leur nom avec mention du conjoint survivant seulement en qualité d'usufruitier légal en vertu de l'article 767 C. Civ., et non de copropriétaire, ou même avec exclusion totale du conjoint survivant, si celui-ci a été privé de son droit d'usufruit par l'époux prédécédé.

476. Dans le premier cas, comment la femme survivante, divorcée ou séparée de corps devra-t-elle établir, à l'égard de la société, la qualité de propres des actions déposées à fin de modification de l'immatricule ? Par la production des pièces justificatives elles-mêmes ou d'un certificat de propriété dressé par un notaire ? Nous croyons que, depuis la loi du 26 mars 1927 complétée par le décret du 9 mai 1928, il lui faudra produire un certificat de propriété. D'après l'article 45 de cette loi, précisé par l'article 12 de ce décret, « tout changement dans la propriété d'un titre nominatif autre que l'extinction d'usufruit et la cession par voie de transfert et la cession par voie de négociation en bourse ou de transfert réel, nécessite la production d'un certificat de propriété ». Sans doute, en l'hypothèse, il n'y a pas mutation dans la pro-

1. René MINARD, *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris 1901, nos 29 et 30.

priété des actions nominatives de la femme ; celle-ci, au contraire, appuie sa demande sur le maintien de sa propriété. Mais la loi précitée n'entend-elle pas prescrire d'une manière générale le certificat de propriété dans tous les cas où le requérant est obligé de justifier de sa propriété du titre. D'ailleurs, la production par le conjoint survivant d'un certificat de propriété établissant la qualité de propre du titre inscrit au nom de ce conjoint est prévue par l'instruction du Ministre des Finances du 10 mai 1928 sous la rubrique « Certificats des Receveurs de l'Enregistrement » al. 3. Elle sera certainement réclamée par la société, car, suivant l'article 21 du décret du 9 mai 1928, « la responsabilité... de l'établissement émetteur relativement à la mutation d'un titre nominatif est entièrement dégagée, quand il s'est conformé exactement au certifié et, le cas échéant, à la réquisition d'immatricule d'un certificat dressé par un certificateur qualifié ». C'est donc au notaire qu'il appartiendra d'attester, sous sa responsabilité, la nature propre des actions nominatives de la femme remises à la société à fin de modification de l'immatricule. Il ne le fera que sur la foi d'actes notariés ou d'actes sous-seing privé déposés au rang de ses minutes avec reconnaissance d'écriture et de signature ou après reconnaissance en justice, puisqu'il ne peut viser que de tels actes dans son certificat (art. 13, décret du 9 mai 1928), ou avec l'assentiment des héritiers du mari majeurs et maîtres de leurs droits. — Si l'on estime que la loi du 26 mars 1927 n'a pas rendu indispensable à la femme la production d'un certificat de propriété en ce cas, il faudra reconnaître la société fondée à n'accepter, à défaut du consentement des héritiers du mari, que des preuves écrites et non contestables de l'origine et de l'identité des actions nominatives qu'elle prétend lui être propres¹.

477. Dans le deuxième cas (transfert au nom des héritiers des actions nominatives d'un époux décédé), un certificat de propriété devra incontestablement être fourni à la société. Il y a mutation par décès dans la propriété desdites actions

1. En ce sens, avant la loi du 26 mars 1927 : JULLIOT, *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts et conversions de titres nominatifs*, thèse Paris 1899, p. 123 ; BEZARD-FALGAS, *Tr. th. et prat. du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*, 3^e éd., n° 374, p. 544.

et ce sont les mutations par décès qui donnent lieu principalement à la rédaction d'un certificat de propriété. C'est donc encore au notaire qu'il appartiendra d'établir la nature propre des actions inscrites au nom de l'époux décédé. Si le conjoint survivant consent à n'être porté sur les nouveaux titres que pour l'usufruit qu'il tient de l'article 767 C. Civ., il n'y aura pas de difficulté. S'il refuse, le notaire pourra-t-il passer outre et dresser un certificat de propriété conforme à la réquisition des seuls héritiers ? En pratique, il est peu probable qu'il le fasse. Il invitera les parties à faire trancher leur différend par l'autorité judiciaire. Cependant nous estimons que, dans le cas où le caractère propre des actions nominatives de l'époux décédé résulterait clairement d'actes authentiques ou sous seing privé déposés au rang de ses minutes avec reconnaissance d'écriture et de signature ou après reconnaissance en justice, et si aucune demande en partage des communauté et succession n'avait été introduite, le notaire pourrait certifier que les héritiers sont seuls propriétaires desdites actions, que le conjoint survivant n'a sur elles que le droit d'usufruit à lui conféré par l'article 767 C. Civ., en indiquant qu'il délivre ce certificat de propriété sur la réquisition des héritiers exclusivement. Il pourrait, dans les mêmes conditions, délivrer aux héritiers un certificat de propriété excluant complètement le conjoint survivant, au cas où l'époux décédé aurait privé son conjoint de tout droit d'usufruit sur sa succession. Dans les deux cas, la société serait tenue, sans encourir de responsabilité, d'opérer le transfert demandé en conséquence du certificat de propriété, à moins que le conjoint survivant n'ait, auparavant formé opposition au transfert. Elle devrait alors attendre pour l'effectuer une mainlevée amiable ou judiciaire.

Il est à remarquer que le droit attribué à la femme par l'article 1472 C. Civ. d'exercer ses reprises sur les biens personnels du mari ne saurait empêcher le transfert d'actions nominatives propres au mari au nom de ses héritiers seuls propriétaires, tant que ces actions n'ont pas été abandonnées par les héritiers du mari à la femme en paiement de ses reprises¹, car l'article 1472 donne à celle-ci un simple droit

. 1. JULLIOT, *th. précit.*, p. 125-126 ; BEZARD-FALGAS, *op. cit.*, n° 374, p. 545.

de créance et non un droit de propriété sur les propres du mari¹.

Reprise en valeur des parts sociales

478. Rappelons d'abord les cas dans lesquels il y a lieu à reprise en valeur de parts sociales. Un époux possédait une part sociale lors du mariage et il l'a estimée au contrat de mariage, de manière que l'estimation vaille vente à la communauté ; ou bien il a aliéné au cours de la communauté une part sociale à lui propre ; ou bien la société dans laquelle il avait une part propre s'est dissoute pendant la communauté et il lui a été attribué une somme d'argent pour le remplir de ses droits ; ou bien encore la femme ne peut prouver l'identité d'une part sociale qu'elle a apportée en mariage ou qui lui est échue au cours du mariage (art. 560 C. Com.). La communauté peut aussi avoir touché à charge de récompense certains émoluments provenant d'une part sociale propre : somme reçue à titre d'amortissement du capital nominal d'une action ou à titre de prix de vente d'un droit de souscription ou dans une distribution de réserves ou de primes. La femme peut faire valoir une reprise en valeur au cours de la communauté à l'encontre des tiers, par exemple sous forme de production au rang de son hypothèque légale dans un ordre ouvert sur le prix d'un immeuble du mari² ; le mari et la femme ou leurs héritiers peuvent faire valoir une reprise en valeur, dans leurs rapports entre eux ou à l'égard des tiers, à la dissolution de la communauté. A quelles conditions de preuve est soumis l'exercice des reprises en deniers auxquelles donnent lieu les parts sociales propres ?

479. Avant la loi du 29 avril 1924, d'après la majorité des auteurs et quelques Cours d'Appel, l'article 1499 n'était applicable qu'au cas où l'époux revendiquait la propriété de meubles ; lorsqu'il se présentait comme simple créancier de la valeur de meubles propres, il pouvait user, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard de son conjoint, de tous les moyens de

1. PLANIOL, III, n° 1273.

2. Cass. Req. 15 mai 1899, S. 1900, I, 113 ; Civ. 4 janvier 1910, S. 1912, I, 145.

preuve permis par l'article 1504¹. Mais la Cour de Cassation avait repoussé cette distinction. Elle exigeait que l'origine et la consistance du mobilier fût établie, vis-à-vis des tiers, à l'aide d'un inventaire ou état en bonne forme, aussi bien quand l'époux en réclamait seulement la valeur que lorsqu'il prétendait le reprendre en nature. Elle exigeait en outre, pour la reprise en valeur à l'égard des tiers, la preuve de la réception du mobilier de la femme par le mari, mais elle admettait que cette preuve fût faite par les moyens de droit commun, sauf dans l'hypothèse de l'article 563 C. Com., où elle devait être faite par acte ayant date certaine².

480. Depuis la loi du 29 avril 1924, pour la reprise en deniers à l'égard des tiers comme à l'égard de l'autre époux, il suffit de prouver l'origine et la valeur du mobilier propre à l'aide d'un écrit, dont la force probante est appréciée par les juges. Quant à la preuve de la réception de son mobilier par le mari, la femme peut la faire par la quittance que lui a délivrée son mari, ou par la stipulation du contrat de mariage que la célébration du mariage vaudra quittance, ou par témoignages ou présomptions complétant un commencement de preuve par écrit, ou même simplement par témoignages ou présomptions pour un mobilier inférieur à 500 francs, si elle a apporté elle-même son mobilier³ ; si son mobilier lui a été constitué en dot ou donné par un tiers, la femme peut en prouver la délivrance par tous moyens, sauf par commune renommée, la quittance se trouvant entre les mains du tiers

1. BUFNOIR, notes sous Dijon 4 février 1884, S. 1885, II, 25, *J. Pal.* 1885, 196, et sous Cass. Civ. 22 novembre 1886, S. 1889, I, 465, *J. Pal.* 1889, 1164 ; PETIET, *De la preuve des reprises matrimoniales*, La France judiciaire 1885-86, I, 72 ; MASSIGLI, *Rev. Crit.* 1888, p. 657 ; GUILLOUARD, *Cont. de Mar.*, III, n° 1481 ; BAUDRY-LACANTINERIE, *Le Courtois et SURVILLE*, II, n° 1308 ; LYON-CAEN et RENAULT, VIII, n° 901 ; BRESSOLLES, *De la femme du commerçant*, n° 183 ; Angers 26 mai 1869, S. 1870, II, 85, D. P. 1869, II, 238 ; Dijon 4 février 1884 *précité* ; Caen 24 mars 1890, D. P. 1890, II, 247 ; Agen 24 mars 1902, D. P. 1903, II, 433 ; Orléans 23 février 1910, D. P. 1911, II, 345 ; Bourges 31 mai 1921, S. 1923, II, 20.

2. Cass. Civ. 22 novembre 1886 *précité* ; Civ. 15 mars 1899 et Req. 15 mai 1899, S. 1900, I, 113 ; Civ. 24 janvier 1906, S. 1906, I, 80 ; Civ. 6 mai 1918, S. 1923, I, 76.

3. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 442.

(art. 1348 C. Civ.)¹ ; et ce même à l'égard des tiers et dans l'hypothèse de l'article 563 C. Com. duquel les mots : « par acte ayant date certaine » ont été supprimés par la loi du 29 avril 1924².

Appliquons ces principes aux différents cas de reprise en valeur de parts sociales ou d'émoluments de parts sociales.

481. a) Avant la loi du 29 avril 1924, il y avait lieu de se demander si, pour la reprise en valeur d'une part dans une société de personnes estimée au contrat de mariage afin que l'estimation vaille vente à la communauté, il n'aurait pas fallu, à l'égard des tiers, établir la consistance du fonds social par un inventaire authentique ou état en bonne forme dressé au moment de la célébration du mariage. Nous avons dit que cela ne nous paraissait pas alors nécessaire pour la reprise en nature d'une telle part sociale : en ce cas, en effet, un inventaire du fonds social n'eût pas donné plus de garantie aux créanciers de la communauté. Ceux-ci ont à craindre, au contraire, que l'estimation de la part sociale au contrat de mariage ne soit pas basée sur la situation réelle de la société, qu'elle soit excessive. On aurait pu invoquer en faveur de la nécessité d'un inventaire ou état en bonne forme du fonds social lors de la célébration du mariage pour la reprise en deniers à l'égard des tiers d'une part sociale estimée, sous l'empire de l'article 1499 ancien, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 mai 1899³. Dans l'espèce, la femme s'était constitué en dot la part lui revenant dans la succession de son père, confondue dans la maison de commerce V^e O... et Cie et évaluée 23.000 francs. Elle prétendait être colloquée pour cette somme au rang de son hypothèque légale dans un ordre ouvert sur le prix d'un immeuble appartenant à son mari. La Chambre des Requêtes a repoussé sa prétention, parce que le fonds de commerce dont s'agissait n'avait pas été inventorié lors du mariage ; l'estimation donnée au contrat de mariage pour valoir vente à la communauté ne saurait, a-t-elle ajouté, faire échec aux dispositions impératives des articles 1499 et 1510 C. Civ. Il est vrai que ledit fonds de commerce semblait être resté dans l'indivision entre la femme et ses co-héri-

1. CAPITANT, *art. précit.*, p. 509.

2. CAPITANT, *art. précit.*, n° 27, p. 525.

3. S. 1900, I, 113.

tiers au jour du mariage ; mais le danger de majoration de l'estimation d'une part dans un fonds de commerce est aussi grand, lorsque ce fonds est indivis ou lorsqu'étant exploité en société il est la propriété d'une personne morale.

482. Quoi qu'il en soit, la simple estimation au contrat de mariage, pour valoir vente à la communauté, d'une part dans une société de personnes ou dans une société à responsabilité limitée suffira aujourd'hui, en l'absence de tout inventaire du fonds social lors du mariage, pour exercer la reprise en deniers du montant de l'estimation, même à l'égard des tiers. De ce que la loi du 29 avril 1924 dans l'article 560 C. Com. a réservé à la femme, qui ne peut prouver la consistance et l'identité de son mobilier conformément à l'article 1499 C. Civ., la faculté de se porter créancière de la valeur de ce mobilier dans la faillite du mari, il faut déduire en effet qu'en cas d'estimation globale avec énumération générale du mobilier au contrat de mariage elle a permis la reprise en deniers du montant de cette estimation à l'égard des tiers¹. L'article 560 nouveau C. Com. entraîne *a fortiori* une semblable solution en cas d'estimation d'une part dans une société de personnes ou dans une société à responsabilité limitée. Il n'y a pas lieu de prouver la délivrance d'une telle part sociale à la communauté ; le mari ou la femme devra seulement établir qu'il était bien associé lors du mariage.

483. Depuis comme avant la loi du 29 avril 1924, il n'est pas besoin d'un inventaire du fonds social pour reprendre en deniers, à l'égard des tiers, les actions cotées en bourse estimées au contrat de mariage. La cotation exclut le danger de majoration. La femme prouvera la délivrance de ces actions au mari, sous l'empire de ladite loi, suivant les modes indiqués ci-dessus.

484. *b)* Lorsqu'un époux veut exercer la reprise du prix de vente d'une part sociale, ou d'une somme à lui attribuée dans le partage d'une société ou en cas de retraite ou à titre d'amortissement d'une action, il doit établir d'abord l'origine propre et l'identité de la part sociale, vendue, de la part dans la société dissoute ou d'où il s'est retiré, ou de l'action amortie, comme pour la reprise en nature, puis le fait de la vente, du partage, de la retraite ou de l'amortissement, ainsi que le

1. PLANIOL, RIPERT et NAST, VIII, n° 442, p. 486, note 2.

montant du prix de vente ou de la somme attribuée. Il fera cette dernière preuve à l'aide de l'acte de vente de la part sociale, ou du bordereau de l'agent de change ou du banquier vendeur, ou de l'acte de partage de la société, ou de l'acte dressé en conséquence de sa retraite, ou de l'acte de société contenant la clause d'amortissement et de la liste des actions amorties. Le mari doit, en outre, prouver la réception du prix ou de la somme ; comme la quittance est entre les mains d'un tiers, il pourra faire cette preuve par tous moyens (art. 1348 C. Civ.), notamment par ses registres et papiers domestiques, par l'inscription à son compte courant, par la possession d'une action de jouissance s'il s'agit d'un amortissement. La femme n'a pas besoin de prouver que le prix ou la somme a été payé, le mari administrateur de ses propres ayant dû en opérer le recouvrement¹. A vrai dire, elle n'a pas même besoin de prouver l'aliénation de sa part sociale (par exemple action au porteur) ; le mari est responsable des meubles propres de sa femme, dont il a l'administration ; s'il ne peut les restituer en nature, il doit en payer la valeur au jour de l'action en reprise, à moins qu'il ne prouve la perte par cas fortuit ou force majeure².

485. D'ailleurs, la femme pourra se porter créancière de la valeur de parts sociales propres, qui existeront peut-être mais dont elle ne sera pas en mesure de prouver l'identité (ce sont, par exemple, des actions au porteur dont les numéros ne sont pas mentionnés sur l'écrit les constatant) : l'article 560 nouveau C. Com. lui réserve expressément cette faculté à l'égard des tiers, dans la faillite du mari. Elle n'aura qu'à prouver par écrit l'origine propre, le nombre et la valeur des parts sociales dont elle entend exercer la reprise en deniers. Elle devra prouver également la délivrance au mari des parts sociales par elle apportées en mariage ou à elle constituées en dot : elle fera cette preuve au moyen de la quittance que lui aura délivrée le mari, ou de la déclaration faite par le mari au contrat de mariage qu'il a pris connaissance des apports de la future épouse et qu'il consent à en demeurer chargé par le seul fait de la célébration du mariage, ou d'un commencement de preuve par écrit complété par témoignages ou présomp-

1. CAPITANT, *art. précit.*, p. 517.

2. SAVATIER, *art. précit.*, n° 51.

tions, ou même simplement de témoignages ou présomptions, s'il s'agit de parts sociales d'une valeur inférieure à 500 francs ou de parts sociales qui lui ont été constituées en dot par un tiers. Quant aux parts sociales (actions au porteur) échues à la femme pendant le mariage, elles auront dû être remises directement au mari, sans passer entre les mains de la femme dont il administre les biens ; celle-ci pourra donc prouver par tous moyens, à l'égard des tiers, leur réception par le mari (art. 563 nouveau C. Com.) ; à l'égard de ce dernier, elle n'aura même pas besoin de faire cette preuve : sa qualité d'administrateur imposait au mari l'obligation de se les faire remettre.

486. Le mari ne saurait, à l'inverse, réclamer la valeur de parts sociales propres dont il ne pourrait prouver l'identité, s'il ne les avait pas vendues à la communauté. La solution contraire admise au profit de la femme est fondée sur l'obligation qu'a le mari de restituer les meubles propres de sa femme (art. 1315 C. Civ.). Aucune obligation semblable ne pèse évidemment sur la femme, qui n'est pas détentrice des meubles propres du mari. Celui-ci doit donc, pour exercer la reprise en valeur d'une part sociale propre, établir que la communauté a encaissé le prix de ladite part ¹.

487. c) Pour la reprise en deniers du prix de vente d'un droit de souscription ou de la somme touchée dans une distribution de réserves ou de primes, il faut d'abord prouver le caractère propre de l'action à laquelle était attaché le droit de souscription ou le droit à une portion de réserves ou de primes, puis produire un extrait de la délibération de l'assemblée générale qui a décidé l'émission nouvelle ou la répartition des réserves ou des primes. Quant à la preuve du paiement, elle résulte soit d'une estampille apposée sur le titre, soit du détachement du coupon affecté à l'exercice du droit de souscription ou à la distribution des réserves ou des primes.

1. Trib. Viv. Valenciennes 2 février 1912, *Rép. Gén. prat. du Notar* 1913, art. 17879.

VU : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLÉMY.

VU : *Le Président de la thèse,*

G. RIPERT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Traités généraux

sur le droit de la communauté

AMIAUD Albert, *Traité formulaire général alphabétique et raisonné du notariat*, 7^e édit. (1923-1926), t. III. V^o Partage.

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit. (1916), t. VIII, revu et mis au courant de la législation et de la jurisprudence par M. Etienne BARTIN.

BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XVI à XVIII, *Du Contrat de mariage*, avec la collaboration de J. LE COURTOIS et F. SURVILLE, 3^e édit. (1906).

COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit. (1925), t. III.

COLMET DE SANTERRE, continuateur de DEMANTE, *Cours analytique de Code Civil*, t. VI.

DURANTON, *Cours de droit français*, 4^e édit. (1844), t. XIV et XV.

DE FOLLEVILLE, *Traité du contrat pécuniaire de mariage et des droits respectifs des époux quant aux biens*, t. 1^{er}.

GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, 2^e édit. (1888), t. I, II et III.

HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil* (1892-1903), t. IX.

LAURENT, *Principes du droit civil français*, 5^e édit., t. XXI, XXII et XXIII.

MARCADÉ et PONT, *Traité théorique et pratique du Code Civil* (1867-1884), t. V.

PIOLET, *Etude sur la communauté réduite aux acquêts* (1877).

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit. (1925-1927), avec la collaboration de M. RIPERT, t. III.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, avec le concours de M. NAST.

POTHIER, *Traité de la communauté* (édit. BUGNET, t. VII).

RODIÈRE et PONT, *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2^e édit. (1865-1869), 3 vol.

TESSIER, *Traité de la société d'acquêts*, 2^e édit., par DELOYNES.

TOULLIER, *Le droit civil français*, 5^e édit. (1830), t. XII.

TROPLONG, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux* (1850), t. I, II et III.

TraitéS généraux

sur le droit des sociétés et des valeurs mobilières

ALAUZET, *Commentaire sur les sociétés civiles et commerciales*, t. II (1879).

ARTHUYS, *Traité des sociétés commerciales*, 2 vol., 3^e édit. (1917).

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5^e édit. (1920), t. VI, revu et mis au courant de la législation de la jurisprudence par M. Etienne BARTIN.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *De la société, du prêt, du dépôt*, 3^e édit. (1907).

BÉDARRIDE, *Des sociétés*, 3 vol., 2^e édit. (1876).

BESLAY et LAURAS, *Commentaire théorique, pratique et critique du Code de Commerce*, t. V (1867-1869).

BEZARD-FALGAS, *Traité théorique et pratique du contentieux des transferts d'actions et obligations nominatives*, 3^e édit. (1924).

BOISTEL, *Cours de droit commercial*, 4^e édit. (1890).

BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité de droit commercial*, 2^e édit. (1890).

BUCHÈRE, *Traité théorique et pratique des valeurs mobilières et effets publics*, 2^e édit. (1881).

COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit. (1924), t. II.

COPPER-ROYER, *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 3 vol., 3^e édit. (1925).

FLOUCAUD-PÉNARDILLE, *Les sociétés par actions*, 2 vol. (1899).

GOIRAND, *Traité des sociétés par actions*, 3 vol. (1896).

GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, 2^e édit. (1892).

HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e édit. (1926).

HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 3 vol., 6^e édit. (1927).

LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e édit. (1925), t. I^{er}.

LAURENT, *Principes du droit civil français*, 5^e édit. (1893), t. XXVI.

LÉPARGNEUR, *La loi nouvelle sur les sociétés à responsabilité limitée* (1926).

LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. II, 4^e édit., en 2 vol. (1908-1909) avec appendice (1915), et 5^e édit., avec la collaboration de M. André AMIAUD, 1^{re} partie parue.

PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 4^e édit. (1831), t. IV.

PIC et BARATIN, *Des sociétés à responsabilité limitée* (1927).

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit. (1925-1927), avec la collaboration de M. G. RIPERT, t. II.

ROUSSEAU Rod., *Des sociétés commerciales françaises et étrangères*, 2 vol., 5^e édit. (1921).

THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e édit. (1925), revue et mise à jour par J. PERCEROU.

THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, par Paul PIC, 3 vol., 2^e édit. (1926).

TROPLONG, *Du contrat de société civil et commercial*, 2 vol. (1843).

VAVASSEUR A., *Traité des sociétés civiles et commerciales*, 6^e édit., revue par Jacques VAVASSEUR, 2 vol. (1910).

WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial* (1922).

Principaux ouvrages spéciaux

et ouvrages généraux non relatifs au droit de la communauté et des sociétés

Exclusion de la communauté des biens à caractère personnel

BÉRARD LÉON, *Du caractère personnel de certains droits et notamment du droit d'auteur dans les régimes de communauté*, thèse Paris 1902.

CAPITANT, note D. P. 1922, I, 5.

LABBÉ, notes S. 1877, I, 397 ; 1889, II, 121 ; 1891, II, 185.

LYON-CAEN, notes S. 1884, I, 25 et 1902, I, 305.

NAST, note D. P. 1924, II, 121.

SALEILLES, note S. 1900, II, 121.

Nature de la part sociale

Personnalité des sociétés

BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, t. IV.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *De la distinction des biens, de la propriété*, I.

CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e édit. (1922).

GUÉRIN, *La société en nom collectif est-elle une personne morale ?* *Revue critique* 1902, p. 245 et s., 308 et s.

HAYEM, *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles* (1912).

JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, *Livre du Centenaire du Code Civil*, t. 1^{er}, p. 357 et s.

LABBÉ, *Notice sur le traité du contrat de société* de GUILLOUARD, S. *Bulletin bibliographique* 1891, p. 25.

LYON-CAEN, note S. 1882, II, 25.

MEYNIAL, notes S. 1892, I, 73 et 1892, I, 497.

MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{re} édit. (1906-1909), t. 1^{er}.

MONGIN, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, Revue critique 1890, t. LVII, p. 697 et s.

NÉGULESCO, *Le problème juridique de la personnalité morale et son application aux sociétés civiles et commerciales*, thèse Paris 1900.

RICOL, *La propriété en main commune et son application possible au droit français*, thèse Toulouse 1907.

SALEILLES, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, Annales de droit commercial 1895, p. 10 et s., 49 et s., et 1897, p. 29 et s.

THIRY, *Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques distinctes de celles des associés*, Revue critique 1854, t. V, p. 412 et s. ; *Des rapports existant dans les sociétés civiles entre les associés et les tiers*, Revue critique 1855, t. VII, p. 289 et s.

TISSIER, note S. 1897, II, 241.

VALÉRY, *Les sociétés civiles sont-elles vraiment investies de la personnalité juridique ?* Revue des Sociétés 1913, p. 1 et s., 57 et s.

Condition des sociétés pendant leur période constitutive

GOIFFON Louis, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive et des contrats se rapportant à sa fondation*, thèse Paris 1898.

HAURIOU, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation de Toulouse, 1906, t. II, p. 134 et s. ; *La théorie de l'institution et de la fondation, La cité moderne et les transformations du droit*, Cahiers de la nouvelle journée, 4.

LESCOT Pierre, *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, thèse Dijon 1913.

MASSART, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Paris 1901.

PERCEROU, *Des fondateurs de sociétés anonymes*.

Condition des sociétés pendant leur liquidation

BOURGUET André, *Du caractère juridique de la liquidation d'une société commerciale*, thèse Paris 1900.

ROY Louis, *Liquidation des sociétés de commerce*, thèse Paris 1906.

Application de l'article 883 C. Civ. à la communauté

BEAUDONNAT Emile, *Du caractère relatif de la règle de l'article 883 du Code Civil*, thèse Paris 1910.

DESSERTAUX, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, thèse Dijon 1908.

FLURER, *Revue critique* 1889, t. LVI, p. 305.

GUÉNÉE, note D. P. 1903, I, 465.

MASSELIN Pierre, *Des restrictions à apporter à l'effet déclaratif du partage*, thèse Paris 1899.

QUÉREL Georges, *Du caractère fictif de l'article 883 du Code Civil et de son interprétation restrictive par la jurisprudence moderne*, thèse Lyon 1923.

SIMON Roger, *L'effet déclaratif du partage est-il absolu ou relatif ?* thèse Paris 1910.

VILLEY, note S. 1881, II, 113.

Nature et effets, relativement à la communauté, de la clause de continuation obligatoire et de celle de continuation facultative de la société entre les associés survivants.

COHENDY, *La reprise facultative du fonds par l'associé survivant sur les bases du dernier inventaire et la rescision pour lésion*, *Revue des Sociétés* 1927, p. 380 et s.

DEMOGUE, *Revue trimestrielle de droit civil* 1926, p. 169.

ESMEIN Paul, *De quelques questions soulevées par les clauses de continuation des sociétés de personnes par suite du décès d'un associé, spécialement au cas d'existence de réserves occultes*, *Répertoire général pratique du notariat* 1928, art. 21582, p. 29 et s.

ROUSSEAU Henri, notes S. 1925, II, 73 et 1927, II, 22.

La part d'intérêt commune dans la liquidation et le partage de la communauté

CAPITANT, note D. P. 1927, II, 161.

NAST, *Revue critique* 1926, p. 592 et s.

ROUSSEAU Henri, note S. 1924, I, 305.

L'estimation vaut-elle vente à la communauté ?

CROS, *De l'estimation dans les actes produisant une obligation de restitution*, thèse Toulouse 1894.

HOUPIŒ, *Répertoire général pratique du notariat* 1882, Pratique notariale, p. 81 et s., 89 et s.

LABBÉ, note S. 1878, I, 5.

De l'application de l'article 1408 C. Civ. aux parts sociales

BABINET, *Du retrait d'indivision*, Revue de droit français et étranger 1845, t. II, p. 682 et s.

BOURCART, note S. 1891, II, 49.

DELOM DE MÉZERAC, *Du retrait d'indivision*, thèse Paris 1886.

GÉROTA, *Le retrait d'indivision*, thèse Paris 1911.

GUÉNÉE, note D. P. 1908, I, 529.

LYON-CAEN, note S. 1886, I, 161.

PLANIOL, note D. P. 1907, II, 81.

VIALLETON, note S. 1924, II, 105.

WAHL, note S. 1907, II, 305.

Donations de parts sociales sous la communauté d'acquêts

GAUDEMET, Revue trimestrielle de droit civil 1924, p. 97.

NAST, note D. P. 1924, II, 121.

De la subrogation réelle en matière de propres de communauté

BONNECASE, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE et de ses collaborateurs, t. III (1926).

CAPITANT, *Essai sur la subrogation réelle*, Revue trimestrielle de droit civil 1919, p. 385 et s.

DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Revue critique 1901, p. 236 et s., 295 et s., 346 et s.

HENRY, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, thèse Nancy 1913.

PLANIOL, note D. P. 1902, I, 33.

SALEILLES, note S. 1894, II, 185.

Apport en société de biens propres

LABBÉ, note S. 1873, I, 5.

Dissertation, *Répertoire général pratique du notariat* 1925, art. 20795, p. 69 et s.

Transformation, fusion de sociétés

AUGER, *La fusion*, Revue des Sociétés 1925, p. 49 et s. ; *La transformation*, Revue des Sociétés 1925, p. 257 et s.

BOSVIEUX, *Commentaire de la loi du 22 novembre 1913*, Journal des notaires et des avocats 1914, art. 30788, p. 81 et s.

BOURCART, *Les modifications aux statuts et la loi du 22 novembre 1913*, Annales de droit commercial 1914, p. 89 et s., 171 et s., 255 et s., 337 et s.

BOUVIER-BANGILLON, *Loi du 22 novembre 1913*, Lois nouvelles 1914, p. 141 et s.

LACOUR, *Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ?* Journal des Sociétés 1913, p. 97 et s., 145 et s., 193 et s.

WAHL, *De la transformation des sociétés*, Journal des Sociétés 1910, p. 97 et s., 145 et s., 193 et s. ; *Commentaire de la loi du 22 novembre 1913 modifiant le régime des sociétés par actions*, Journal des Sociétés 1914, art. 2313, p. 491 et s.

Nature des réserves sociales

AMIAUD André, *Traité théorique et pratique des comptes de réserves dans les sociétés par actions*, 1^{re} édit. (1912) et 2^e édit. (1920).

BINET, note D. P. 1910, I, 257.

BOSVIEUX, *Du caractère des fonds de réserve extraordinaires vis-à-vis de l'usufruitier et de la communauté d'acquêts*, Journal des Sociétés 1907, art. 1653, p. 183 et s.

Ch. AMBROISE-COLIN, *La notion du revenu en matière de législation fiscale*, thèse Paris 1924.

CROIZAT, *La notion de fruits en droit civil, en droit commercial et en droit fiscal*, thèse Lyon 1926.

GAUDEMET, Revue trimestrielle de droit civil 1910, p. 161 et s.

GÉNY, note S. 1927, III, 41.

HOUPIN, *Répertoire général pratique de notariat 1882*, Pratique notariale, p. 1 et s., 9 et s.

LABBÉ, note S. 1878, I, 5.

MAZIN, *Etude pratique*, *Répertoire général pratique du notariat* 1925, art. 20844, p. 169 et s.

NAQUET, note S. 1911, I, 361.

ROUSSEAU Rod., *Inventaires, bilans, réserves*, Bulletin de la Société d'Etudes législatives 1918, p. 338 et s.

THALLER, *Amortissement et fonds de réserve*, Annales de droit commercial 1895, p. 241 et s.

TROTABAS, note D. P. 1923, III, 9.

WAHL, *Des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propiétaire sur les titres, leurs produits et leurs accessoires*, Journal des Sociétés 1925, art. 3089, p. 129 et s.

ZACHARIAE, *Le droit civil français*, traduit de l'allemand sur la 5^e édition, annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon par MM. G. MASSÉ et Ch. VERGÉ (1855), t. II, § 308, note 7.

Nature du droit de souscription

BARATIN, *De l'exercice par le nu-propiétaire ou l'usufruitier d'actions du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces*, Revue des Sociétés 1921, p. 61 et s. ; *De la dotalité qui affecte le droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles émises contre espèces, lorsque ce droit est attaché à des actions dotales*, *Des effets de cette dotalité*, Revue des Sociétés 1922, p. 568 et s.

DACHER, *De la priorité de souscription dans les émissions de titres*, thèse Paris 1913.

DECUGIS, *De la non-dotalité du droit de souscription appartenant aux femmes dotales en cas d'augmentation de capital d'une société par actions*, Journal des Sociétés 1922, art. 2844, p. 49 et s.

JAUFFRET, *Du droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*, thèse Aix 1926.

LENOAN, *De la condition des actions de société nominatives propres de la femme sous le régime de communauté et de l'exercice du droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles*, Revue trimestrielle de droit civil 1922, p. 365 et s.

PAVÈS, *Du droit de souscription à des actions nouvelles*, thèse Paris 1925.

PERROUD, *Effets de la dotalité des actions conférant le droit de souscrire par préférence à une augmentation de capital*, Revue des Sociétés 1922, p. 274 et s.

PIOT, *Le droit de souscrire par préférence à une augmentation de capital doit-il être exercé par l'usufruitier ou par le nu-propiétaire des actions auxquelles il est attaché*, Journal des Sociétés 1917, 1^{re} 2504, p. 5 et s.

Nature de la prime d'émission

BARATIN, *De la prime d'émission d'actions, Sa nature juridique, Cas d'augmentation du capital social*, Revue des Sociétés 1920, p. 65 et s.

DASTÉ, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, thèse Toulouse 1925.

LYON-CAEN Léon, Revue des Sociétés 1909, p. 189.

VANDAMME Jeanne, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse Paris 1928.

Nature des intérêts fixes

LABBÉ, note S. 1878, II, 225.

LYON-CAEN, notes S. 1911, I, 5 et 1915, I, 65.

PERCEROU, note D. P. 1912, I, 97.

THALLER, Journal des Sociétés 1884, p. 171 et s., 183 et s., 391 et s., 397 et s., 465 et s., 478 et s., 570 et s., 577 et s.

WAHL, note S. 1901, I, 513.

Acquisition des dividendes par la communauté

MAZIN, Répertoire général pratique du notariat 1914, art. 18537, p. 389 et s.

Preuve des reprises mobilières avant la loi du 29 avril 1924

BUFNOIR, notes S. 1885, II, 25 et 1889, I, 465.

DE LOYNES, notes D. P. 1908, I, 353 et 1910, I, 113.

LYON-CAEN, note S. 1900, I, 113.

MAGNOL, note D. P. 1911, II, 217.

WAHL, note S. 1912, I, 145.

Loi du 29 avril 1924

CAPITANT, *De la preuve des reprises sous le régime de la communauté, depuis la loi du 29 avril 1924*, Revue trimestrielle de droit civil 1925, p. 495 et s.

FARGEAUD, *De la preuve des reprises mobilières sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1925.

SAVATIER, *Commentaire de la loi du 29 avril 1924, modifiant les articles 1499 et 1510 C. Civ. et les articles 560 et 563 C. Com.*, Lois nouvelles 1924, I, 338.

Questions diverses

BASSET, *Le fonds de commerce sous le régime de la communauté*, thèse Paris 1924.

HOCHART, *De la communauté réduite aux acquêts*, thèse Paris 1887.

JULLIOT Ch.-L., *Des règles du contrat de mariage dans leur application aux transferts et conversions de titres nominatifs*, thèse Paris 1899.

MINARD René, *Des droits et des pouvoirs du mari sur les valeurs mobilières de sa femme sous les différents régimes matrimoniaux*, thèse Paris 1901.

MOUCHET, *Des valeurs mobilières au point de vue du régime de la communauté et de l'inaliénabilité de la dot*, thèse Dijon 1880.

SAUTAI, *L'usufruit des valeurs mobilières*, thèse Paris 1925.

TABLE DES MATIERES

Nos	Pages
INTRODUCTION.....	1

QUESTION PRELIMINAIRE

Le caractère incessible ou personnel de certaines parts sociales est-il un obstacle à leur entrée en communauté ?

1. Caractère distinctif de l'intérêt et de l'action	4
2. Du caractère incessible ou personnel des biens, cause d'exclusion de la communauté	5
3. Le caractère incessible de la part d'intérêt ne s'oppose pas à sa mise en communauté.....	7
4. ...Ni son caractère personnel.....	8
5. ...Même si elle correspond à un apport en industrie (comparaison avec l'office ministériel et le droit d'au- teur)	11
6. Les actions industrielles sont également susceptibles d'entrer dans la communauté,.....	16
7. ...Ainsi que les parts de fondateur stipulées person- nelles et incessibles (examen d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 6 juillet 1905).....	16
8. Exclusion de la communauté des parts sociales données ou léguées à titre alimentaire.....	19

PREMIÈRE PARTIE

**Les Parts sociales
sous le régime de la communauté légale**

Nos	Pages
9. Principes régissant la composition de l'actif de la communauté légale. Division.....	21

TITRE I

**PARTS SOCIALES
POSSÉDÉES PAR L'UN OU L'AUTRE ÉPOUX
LORS DU MARIAGE
OU A LUI ÉCHUES A TITRE DE SUCCESSION
DONATION OU LEGS PENDANT LA COMMUNAUTÉ**

10. Observations préliminaires.....	22
11. Le sort de ces parts sociales dépend de leur nature mobilière ou immobilière	24

CHAPITRE I^{er}

Portée de la règle contenue dans l'article 529 C. Civ.

12. Applicabilité de l'article 529 à la communauté. Nécessité de déterminer les sociétés dont il régit les parts.....	26
---	----

SECTION I

Fondement de la règle de l'article 529

13. Explication courante de l'article 529.....	27
14. Critique de M. Mongin.....	27
15-16. Explication proposée par cet auteur.....	28
17. Examen de la thèse de M. Mongin.....	31
18. Les textes	32
19. Les travaux préparatoires	33
20-22. L'analyse juridique	38
23. Conclusion	43

SECTION II

Parts sociales auxquelles s'applique la règle de l'article 529

24. Observation sur la nature de la personnalité morale.....	43
--	----

§ I. Parts dans les sociétés de commerce

25-28. Détermination des sociétés de commerce (critérium, formes).....	46
29. Personnalité morale	48
30. Opinion classique.....	49
— Arguments tirés des Codes.....	49

Nos		Pages
31.	Arguments tirés de l'Ancien Droit	49
32.	Opinion nouvelle	50
—	Critique des arguments tirés de l'Ancien Droit	50
33.	Soumission des sociétés en nom collectif et en com- mandite simple au régime de la co-propriété en main commune dans notre Ancien Droit	52
34.	... Et dans notre Droit actuel	53
35.	Examen critique des deux opinions	54
36.	Conclusion : Entrée en communauté des parts de toutes les sociétés de commerce, sauf de l'association en par- ticipation	58

§ II. *Parts dans les sociétés civiles*

37.	Division	60
-----	----------------	----

A. *Sociétés civiles ordinaires*

38.	Personnalité morale des sociétés civiles	60
—	L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 février 1891 ..	60
39.	Les précédents historiques	61
—	Arguments puisés en faveur de la personnalité des sociétés civiles :	
—	Dans le Droit Romain	61
40.	Dans l'Ancien Droit	62
41.	Critique de ces arguments :	
—	Droit Romain	62
42.	Ancien Droit	65
43.	Conclusion	67
44.	Le Code Civil	67
—	L'article 1860	68
—	Interprétation en faveur de la personnalité des sociétés civiles	68
45.	Interprétation en faveur de la soumission de ces sociétés au régime de la co-propriété en main- commune	69
46.	Autres arguments en faveur de la personnalité des sociétés civiles	71
47.	Critique	71
—	Articles du Code Civil d'où résulte la soumission des sociétés civiles au régime de l'indivision	71
48.	Portée de l'article 1860	73
49.	Articles 529 C. Civ. et 8, loi du 21 avril 1810	75
50.	Article 69, 6° C. Proc. Civ.	76
51-53.	L'absence de publicité des sociétés civiles	76
54.	Conclusion	79

N ^{os}	B. Sociétés civiles à forme commerciale	Pages
55-58.	Possibilité pour une société civile de se constituer en société en nom collectif, en société en commandite simple ou en société par actions non régie par la loi du 24 juillet 1867	81
59.	L'adoption d'une de ces formes par une société civile lui confère-t-elle la personnalité morale ?	85
	<i>C. Sociétés civiles à capital variable</i>	
60.	Personnalité morale de toute société à capital variable et notamment des sociétés civiles à capital variable	86
	<i>D. Conclusion</i>	
61.	Application des principes ci-dessus établis à la détermination du caractère commun ou propre des parts dans les sociétés civiles	88
	<i>§ III. Parts dans les associations en participation</i>	
62.	Caractères généraux des associations en participation (notamment absence de personnalité morale)	89
63.	Conséquences en ce qui concerne l'entrée en communauté ou l'exclusion de communauté des parts dans les associations en participation	92
	<i>§ IV. Parts dans les sociétés en voie de formation lors du mariage</i>	
64.	Position de la question. Division	94
	<i>A. Sociétés de personnes</i>	
65.	Détermination de la date de leur constitution définitive ..	94
66.	Sociétés civiles et associations en participation	94
67.	Sociétés en nom collectif et en commandite simple	95
68.	Sociétés dont le commencement est subordonné à l'échéance d'un terme ou à la réalisation d'une condition	99
69.	Sociétés à capital variable	99
70.	Sociétés à responsabilité limitée	99
71-74.	Absence de période constitutive dans les sociétés de personnes	99
75.	Conséquence au point de vue de la composition de l'actif de la communauté légale, au cas où un associé se marie sous ce régime avant la constitution définitive de la société	101
76.	Cas où le contrat de société serait conclu dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage.	102

Nos	B. Sociétés par actions	Pages
77.	Formalités constitutives des sociétés par actions.....	105
78.	Date de la constitution définitive des sociétés par actions .	106
79.	Sociétés anonymes.....	106
80.	Sociétés en commandite par actions	107
81.	Période constitutive des sociétés par actions.....	109
82.	Toutes les sociétés par actions sont-elles précédées d'une période constitutive ?	109
83.	Faut-il reconnaître une certaine capacité aux sociétés par actions pendant leur période constitutive ?	111
84.	Droit anglais	112
85.	Droit français	112
86.	Opinion négative	112
—	Conséquence : transfert à la société de la pro- priété des biens à elle apportés au jour de sa constitution définitive	113
—	Situation juridique de l'apporteur antérieure- ment :.....	113
87.	Société de fondateurs	113
88.	Promesse de société	114
89.	Fondateurs stipulant en leur nom personnel ...	114
90.	Fondateurs mandataires de la société future...	114
91.	Fondateurs gérants d'affaires de la société future	115
92.	Fondateurs stipulant pour la société future...	116
93.	Opinion affirmative.....	118
94-95.	Justification	118
96.	Epoque à laquelle prend naissance la person- nalité morale de la société par actions	122
97.	Conséquences au point de vue de la composition de l'actif de la communauté légale, au cas où un associé se marie sous ce régime pendant la période constitutive de la société par actions ...	122
98.	Cas où la constitution définitive de la société ou la souscription intégrale du capital social ou le contrat d'apport intervient dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage.....	124
§ V. Parts dans les sociétés dissoutes mais non encore liquidées lors du mariage		
99.	Inconvénients de la disparition de l'être social à la dissolu- tion de la société	124
100-101.	Systèmes proposés pour y remédier tout en admettant la disparition de l'être social à la dissolution de la société	125

Nos	Pages
102. Théorie de la subsistance de la personnalité morale de la société pour les besoins de la liquidation (Législations anglaise et belge, droit français)	127
103. Dans cette théorie, l'article 529 C. Civ. continue-t-il à recevoir son application pendant la liquidation de la société ?	128
104. Distinction admise par la Cour de Cassation	129
105. Conséquence de cette distinction relativement à la communauté légale	130
106. Comparaison avec les décisions de la Cour de Cassation en droit fiscal	132
107. Critique de la conception sur laquelle repose la distinction sus-énoncée. Fondement de la subsistance de la personnalité de la société pendant sa liquidation non sur une fiction mais sur la réalité	135
108. Réfutation de l'objection à cette opinion tirée du texte de l'article 529 C. Civ. et des travaux préparatoires s'y rapportant	137
109. Réfutation de l'objection tirée de l'application aux partages de sociétés des règles relatives aux partages de successions	137
110. Epoque à laquelle prend fin la personnalité morale de la société :	139
111. 1 ^{re} hypothèse. Distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés par actions	139
112. 2 ^e hypothèse	142
113. 3 ^e hypothèse	142
114. Application des principes ci-dessus établis à la détermination de la nature propre ou commune de la part dans une société dissoute, possédée par un époux lors du mariage	144
115. ...Ou à lui échue par succession pendant la communauté	145
116. Cas où un époux reçoit pendant la communauté un immeuble en représentation des droits de son auteur dans une société se continuant après le décès de ce dernier entre les associés survivants seulement	145

CHAPITRE II

**Détermination, à l'égard de la communauté,
du caractère mobilier ou immobilier des parts
dans les sociétés dénuées de personnalité**

117. Position de la question	147
118. L'article 883 C. Civ. est-il applicable aux partages de sociétés ?	148

TABLE DES MATIÈRES

541

Nos		Pages
119.	Est-il applicable à la communauté ?	148
—	Ancien droit.	149
120.	Droit actuel	150
—	Opinion négative.	150
121-122.	Opinion affirmative.	153
123.	Application des principes ci-dessus posés à la détermination du caractère commun ou propre des parts dans les sociétés dénuées de personnalité	156
—	a) Part dans une société dissoute lors du mariage, de l'ouverture de la succession ou de la donation et partagée pendant la communauté	156
—	b) Part dans une société en activité lors du mariage, de l'ouverture de la succession ou de la donation et partagée pendant la communauté	159
—	c) Part dans une société non encore partagée lors de la dissolution de la communauté.	161

CHAPITRE III

Parts sociales données ou léguées à l'un des époux avec exclusion de communauté

124.	Application aux parts sociales de la règle formulée par l'article 1401, 1 ^o <i>in fine</i> .	166
------	---	-----

TITRE II

PARTS SOCIALES

ACQUISES A TITRE ONÉREUX PENDANT LE MARIAGE

125.	Sort de ces parts sociales	168
—	Principe	168
126-128.	Exceptions	170

TITRE III

EFFETS DE L'ENTRÉE EN COMMUNAUTÉ DE LA PART SOCIALE

129.	Position de la question. Division.	172
130.	Effets quant à l'action	172
131.	Effets quant à la part d'intérêt et à la part dans une société à responsabilité limitée	173
—	La communauté ne devient pas associée	173
132.	Elle ne peut être non plus qualifiée de croupière	174
133.	A. Dissolution de la société pendant la communauté.	175
—	Sort des biens mis au mot de l'époux associé	175
—	Société douée de personnalité.	175
—	Société dénuée de personnalité.	176
134.	Intervention du mari au partage de la société dont sa femme est membre	176

Nos		Pages
135.	B. <i>Dissolution de la communauté par le décès de l'époux associé</i>	177
136.	a) Dissolution de la société	177
137.	b) Continuation de la société avec les héritiers et représentants de l'associé décédé. <i>Quid</i> du conjoint survivant commun en biens ?	178
138.	c) Continuation de la société avec le conjoint survivant de l'associé décédé	179
139.	d) Continuation de la société entre les associés survivants seulement	179
—	Droits respectifs du conjoint survivant commun en biens et des héritiers de l'associé décédé sur les biens ou sommes donnés ou versés par les associés survivants	179
140.	Clause fixant les droits des héritiers de l'associé décédé d'après le dernier inventaire social	180
—	Opposabilité de cette clause au conjoint survivant commun en biens	180
141.	L'action en rescision pour lésion de plus du quart ne compétè-t-elle pas cependant au conjoint ?	181
142.	1 ^o Continuation obligatoire de la société entre les associés survivants seulement	182
143-146.	2 ^o Continuation facultative de la société entre les associés survivants seulement	182
147.	C. <i>Dissolution de la communauté par le décès du conjoint de l'associé ou par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens</i>	186
148.	I. Le conjoint de l'associé ni ses héritiers ne deviennent associés	186
149.	Ils ne deviennent pas non plus croupiers	187
150.	La part d'intérêt ne peut être licitée	189
151.	Elle est conservée par l'époux associé qui doit tenir compte de la moitié de sa valeur à son conjoint ou aux héritiers de ce dernier	191
152-153.	II. Evaluation des biens communs au jour du partage	191
154.	Addition à la masse partageable des fruits produits par les biens communs jusqu'au partage	194
155-156.	Application de ces deux règles aux parts d'intérêt	194
157.	... Même au cas où l'époux apporte son industrie à la société	197
—	Réserves à faire en ce cas	198
158.	III. 1 ^o Intervention du conjoint de l'associé ou de ses héritiers au partage de la société	199

TABLE DES MATIÈRES

543

Nos		Pages
159.	2 ^o Droits du conjoint de l'associé ou de ses héritiers relativement à l'évaluation de la part d'intérêt	201
160.	3 ^o Non-application de la clause fixant les droits de l'associé décédé ou se retirant d'après le dernier inventaire social	203

DEUXIÈME PARTIE

Les parts sociales sous le régime de la communauté réduite aux acquêts

161. Plan.....	205
----------------	-----

TITRE I

APPLICATION AUX PARTS SOCIALES DES RÈGLES CONTENANT LA COMPOSITION DE L'ACTIF PROPRE

162. Divisions.....	207
---------------------	-----

CHAPITRE 1^{er}

Causes originaires de propres

SECTION I

Parts sociales possédées par les époux lors de leur mariage

163. Principe	208
164-166. Actions souscrites ou ayant fait l'objet d'un ordre d'achat avant le mariage mais livrées après	208
167. Les trois catégories de propres imparfaits et les parts sociales.....	211
168. 1 ^o Actions au porteur	212
169. 2 ^o Actions achetées avant le mariage dans un but de spéculation	214
170. 3 ^o Parts sociales estimées au contrat de mariage.....	215
— Le principe	216
— Opinion appliquant à la communauté l'article 1551 C. Civ.....	216
171. Opinion appliquant à la communauté l'adage : « estimation vaut vente ».....	217
172. Opinion adverse	219
173. Nécessité, pour choisir entre ces diverses opinions, de rechercher la portée de l'adage : « estimation vaut vente » dans notre Droit Actuel	220

Nos		Pages
174.	La portée de cet adage dans le Droit Romain ...	221
175.	Sa portée dans notre Ancien Droit.....	222
176.	Sa portée dans le Code Civil.....	223
177.	Conclusion en ce qui concerne son application à la communauté	224
178.	Application du principe ainsi déterminé aux parts sociales.....	226
—	Intérêts	226
179.	Actions.....	227
180-184.	Examen de la jurisprudence	229
185.	Estimation globale du mobilier comprenant une part sociale	234
186.	Interprétation de l'estimation de la part sociale en présence d'une clause commerciale	235

SECTION II

**Parts sociales recueillies par succession
pendant la communauté**

187.	Principe	237
188-191.	A. L'époux est seul héritier.....	238
—	a) Actions	238
192.	b) Intérêts.....	240
—	Dissolution de la société par le décès de l'associé, auteur de l'époux	240
193.	Continuation de la société avec les associés survi- vants seulement	241
194.	Cas où l'époux héritier de l'associé décédé était lui-même déjà associé.....	242
195.	Continuation de la société avec l'époux héritier de l'associé décédé	243
196.	c) Parts dans les sociétés à responsabilité limitée	243
—	Interprétation de l'article 36 de la loi du 7 mars 1925.	243
197.	B. L'époux est en concours avec d'autres héritiers	244
—	Partage de la succession postérieur à la dissolution de la communauté	244
198.	Partage au cours de la communauté.....	245
—	Dissolution de la société par le décès de l'associé, auteur de l'époux héritier. — Continuation de la société entre les associés survivants seulement ..	245
199.	Continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé	245
200.	Division de la part sociale du <i>de cujus</i> entre ses héritiers à son décès en vertu de l'article 1220 C. Civ.....	246

TABLE DES MATIÈRES

545

Nos		Pages
201.	...Même des actions et parts dans les sociétés à responsabilité limitée, nonobstant leur indivisibilité.....	246
202.	Comment s'opèrent la division des actions et celle des parts d'intérêt	247
203.	Modifications apportées par le partage à cette division.....	248
204.	Conséquences au point de vue de la composition respective des patrimoines propre et commun...	249
205.	Attribution à l'époux héritier d'un nombre d'actions égal à celui auquel lui donnait droit sa vocation héréditaire	250
206.	Attribution à l'époux héritier d'une part supérieure à celle déterminée par sa quotité héréditaire	251
207.	I. Application de l'article 883.....	252
208.	1° Aux parts sociales	252
—	Conciliation des articles 1220 et 883	253
	a) 1 ^{er} Système	253
	b) 2 ^e Système.....	253
—	Conclusion	254
209.	2° A la communauté d'acquêts.....	255
210.	II. Application de l'article 1407.....	257
211.	Détermination du caractère propre ou commun des parts sociales	258
212.	par application de l'article 883	258
213.	par application de l'article 1407	261
214.	Conclusion	263
215.	Attribution à l'époux héritier d'une part inférieure à celle déterminée par sa quotité héréditaire	264

SECTION III

Parts sociales acquises dans les conditions de l'article 1408

216.	Les deux dispositions de l'article 1408	264
217.	I. 1 ^{re} disposition de l'article 1408	265
218.	Fondement	265
—	1 ^{re} opinion	265
219.	2 ^e opinion	266
220.	3 ^e opinion	267
221.	Les divers motifs sur lesquels on fonde l'article 1408 al. 1 sont-ils favorables à son application aux parts sociales.....	269
222-224.	Le texte de l'article 1408 al. 1 permet-il de l'appliquer aux meubles et notamment aux parts sociales	271

Nos		Pages
225-226.	Conséquences de l'application de l'article 1408 al. 1 aux parts sociales.....	275
227.	Limitation	277
228.	II. 2 ^e disposition de l'article 1408	278
—	Motif	279
229.	Origine	279
230-231.	Conditions d'application.....	280
232.	Application de l'article 1408 al. 2 aux parts sociales.....	283
233.	...Spécialement aux parts d'intérêt et aux parts de sociétés à responsabilité limitée	283
234.	Qui peut exercer l'option	286
235.	Effets de l'option exercée.....	286
236.	Condition de la part acquise par le mari avant l'option..	287
237.	Théorie de la gestion d'affaires.....	287
238.	Théorie du retrait d'indivision	288
239-241.	Conclusion	288
242.	Prescription du droit d'option.....	291

SECTION IV

Parts sociales données ou léguées pendant la communauté

243-244.	Principe	291
245.	Donations authentiques de parts sociales	292
246.	Dons manuels d'actions au porteur	294
247.	Transfert d'actions nominatives	294
248.	Donations déguisées de parts sociales.....	295
249.	Donations de parts sociales avec charge.....	295
250.	Donations rémunératoires de parts sociales.....	296

SECTION V

**Parts sociales reçues par accommodement de famille
(art. 1406)**

251.	La disposition de l'article 1406.....	299
252.	Motif	299
253.	Conditions d'application.....	300
254.	L'article 1406 est-il applicable aux meubles et notam- ment aux parts sociales ?	301

SECTION VI

Parts sociales acquises par don de fortune

255.	Diverses hypothèses	303
------	---------------------------	-----

CHAPITRE II

Causes dérivées de propres

Nos		Pages
256.	Généralités	304
SECTION I		
Parts sociales propres par accroissement		
257.	Principaux cas. Renvoi	304
258-259.	1 ^o Accroissement résultant de la clause de continuation obligatoire de la société entre les survivants, en cas de décès d'un associé	305
260.	2 ^o Clause de cession entre vifs de part sociale dans un certain délai	308
261.	3 ^o Clause de continuation facultative de la société entre les survivants	308
262-263.	4 ^o Droit de préemption réservé aux associés en cas de cession entre vifs	312
SECTION II		
Parts sociales propres par subrogation		
264-268.	Les diverses doctrines sur la subrogation réelle et leur application aux propres de communauté	314
	§ 1 ^{er} . <i>Parts sociales acquises en échange de propres</i>	
269.	Application de l'article 1407 aux parts sociales	318
	• § II. <i>Parts sociales acquises en emploi de propres</i>	
270.	Division	320
271.	A. Article 1434	321
—	1 ^o Possibilité de emploi du prix d'un meuble et notamment d'une part sociale propre aliénée	321
272.	2 ^o Possibilité d'emploi de deniers stipulés propres	321
273.	3 ^o Possibilité de emploi en parts sociales du prix d'un immeuble ou meuble propre quelconque	323
274.	4 ^o Emploi par anticipation	324
275.	5 ^o Conditions de forme du emploi	325
—	Indication	325
276.	Motifs	326
277.	Mode d'expression	327
278.	Application aux parts sociales	327
—	Intérêts, parts de sociétés à responsabilité limitée et actions achetées sans intermédiaire	328
279-280.	Actions achetées en bourse ou en banque	328
281.	Actions essentiellement nominatives	330
282.	Actions facultativement nominatives	330
283.	Actions à ordre	332

Nos		Pages
284.	Parts sociales dont la cession est soumise à l'agrément des autres associés ou du Conseil d'Administration.....	332
285.	Convention de remploi postérieure à l'acquisition ...	332
286.	B. Article 1435	336
—	Hypothèse prévue et règle posée.....	336
287.	Nature juridique de l'acceptation de la femme après l'acquisition.....	337
288.	Application de l'article 1435 aux parts sociales.....	338
§ III. <i>Parts sociales acquises contre l'apport en société de biens propres</i>		
289.	La subrogation au bien propre apporté de la part sociale acquise en contre-partie est-elle subordonnée à l'accomplissement des formalités de l'article 1434 ?.....	339
290.	Conséquences de la solution adoptée	341
291.	Apport de droits dans une société dissoute	343
—	Position de la question	343
292.	Cas où elle se pose	344
—	Modifications aux statuts entraînant création d'une société nouvelle.....	344
—	Recherche d'un criterium	344
293.	A. Changement de forme	345
—	Principe	345
294.	a) Exceptions	345
—	1 ^o Transformation autorisée par la loi	345
295.	2 ^o Transformation autorisée par les statuts ..	347
296-300.	3 ^o Transformation des sociétés par actions depuis la loi du 22 novembre 1913. Portée de cette loi	349
301-305.	b) Ya-t-il lieu d'admettre d'autres exceptions... ..	353
306.	c) Annulation de la transformation	356
307.	d) Indication des cas de transformation emportant création d'une société nouvelle	356
308.	B. Changement de nationalité	357
309-310.	C. Changement d'objet	358
311-315.	D. Changement du personnel dans les sociétés de personnes.....	360
316.	E. Autres modifications	364
317.	Fusion	364
318.	Les articles 1434 et 1435 s'appliquent-ils aux cas précités ?	365
319-321.	Réfutation de certains arguments en faveur de la négative	366
322-323.	Solution, au cas où les droits apportés sont considérés comme indivis	368

TABLE DES MATIÈRES

549

Nos		Pages
324.	Solution, au cas où les droits apportés sont considérés comme droits de créance	369
325.	Réfutation d'une objection	371
326.	L'arrêt de Cass. Civ. 20 août 1872.....	373
327.	Cas où l'époux reçoit des parts de fondateur en rémunération des droits apportés	376
328.	Conclusion	376
§ IV. <i>Conversion de parts de fondateur en actions</i>		
329.	Les actions obtenues en échange de parts de fondateur propres sont-elles subrogées de plein droit à celles-ci ? ..	377
§ V. <i>Cas où la part sociale a été acquise à l'aide de biens propres et de biens communs</i>		
330.	Division	378
331-332.	Echange.....	379
333-334.	Emploi et remploi.....	381
335-340.	Apport	383

TITRE II

APPLICATION AUX PARTS SOCIALES DES RÈGLES CONCERNANT LA COMPOSITION DE L'ACTIF COMMUN

341.	Division	386
------	----------------	-----

CHAPITRE I^{er}

Fruits des parts sociales propres

SECTION I

Détermination

§ I. *Dividendes ordinaires*

342-343.	Caractère de fruits et entrée en communauté	387
----------	---	-----

§ II. *Réserves*

344-345.	Nature des réserves	389
—	Fruits accumulés	389
346.	Fruits capitalisés	391
347-350.	Capitaux directement constitués par l'économie de la société	392
351.	Conséquences au point de vue de l'attribution des réserves attachées à une part sociale propre. Règle à suivre	397
352-353.	Réserve légale et réserve statutaire	398
354-356.	Réserves extraordinaires des sociétés de capitaux et des sociétés à responsabilité limitée	400

Nos		Pages
357-361.	Réserves extraordinaires des sociétés de personnes	402
362.	Réserves destinées à assurer la stabilité des dividendes..	406
363.	Report à nouveau	407
364.	Différentes formes de distribution de réserves	407

§ III. *Amortissement*

365-368.	Définition et diverses opinions sur sa nature	410
369.	Exclusion de communauté	413

§ IV. *Droit de souscription par préférence*

370.	A. Droit de souscription accordé aux anciens actionnaires	414
371.	Buts.....	414
372.	Nature	416
—	Fruit.....	417
373-375.	Produit	417
376.	Sous-produit	420
377.	Fraction du capital de l'action ancienne	422
378.	Nature de l'action nouvelle	423
379.	Conception adoptée par la jurisprudence.....	423
380.	Le droit de souscription attaché à une action propre constitue-t-il une valeur propre ou commune ?	425
381-382.	<i>Quid</i> des actions nouvelles acquises en vertu de ce droit ?.....	425
383.	Montant de la récompense due à la communauté.....	428
384-386.	Vente ou exercice par le mari d'un droit de souscrip- tion appartenant à sa femme, sans pouvoir de celle-ci. Droits de la femme.....	430
387-391.	B. Droit de souscription accordé à d'autres personnes qu'aux anciens actionnaires	434
392.	C. Droit de souscription à des obligations	437
393.	D. Actions souscrites à titre réductible par des anciens actionnaires.....	437
394-396.	E. Actions souscrites en vertu de droits de préférence propres et communs	438

§ V. *Prime d'émission*

397.	Buts.....	440
398.	Nature	441
—	1 ^o Bénéfice	441
—	2 ^o Accroissement du capital	441
—	3 ^o Supplément d'apport	442
—	4 ^o Droit d'entrée	443
399.	Jurisprudence	444
400.	La communauté, usufruitière d'actions propres, a-t-elle droit aux primes distribuées ?	446

§ VI. <i>Dividendes ou intérêts</i> <i>distribués en l'absence de bénéfices</i>	
401. Différence avec les hypothèses précédentes.....	448
402. I. Dividendes fictifs.....	448
— Nature	449
— Sociétés de personnes et sociétés à responsabilité limitée	449
403. Sociétés par actions	450
404. Droits de la communauté sur les dividendes fictifs afférents à une part sociale propre	452
405. II. Acomptes sur dividendes	455
406-407. III. Intérêts fixes	456
— Différentes stipulations	456
408. Nature des intérêts payés en l'absence de bénéfices.....	458
409. Système de la Cour de Cassation	459
410. Critique.....	462
411. Droit de la communauté sur les intérêts payés au titu- laire d'une part sociale propre en l'absence de béné- fices	462
412. Dividendes des compagnies de chemins de fer.....	464
413. Conclusion	465

SECTION II

Acquisition des fruits des parts sociales propres
par la communauté

414. Règle applicable	465
415-416. Détermination de la période de temps pendant laquelle s'acquiert un dividende.....	466
417-418. Répartition des dividendes entre la communauté et l'époux associé	469
419. Intérêt cumulatif	471

CHAPITRE II

Emoluments des parts sociales propres
provenant de l'industrie de l'époux associé

420. Le principe de l'article 1498 C. Civ.....	473
421. Traitement fixe, tantièmes, jetons de présence	473
422. Plus-value de la part sociale propre de l'époux apporteur d'industrie acquise, pendant la communauté	474
423-425. Par augmentation de valeur du fonds de commerce dépendant de la société	474
426-427. Par mise en réserve de bénéfices	479
428. Cas où la part sociale propre correspond à un apport mixte en industrie et en capital de l'époux titulaire	481

CHAPITRE III

Parts sociales acquises à titre onéreux
pendant la communauté

429. Principe et exceptions	483
-----------------------------------	-----

TITRE III

ALIÉNATION ET LIQUIDATION DES PARTS SOCIALES PROPRES
PENDANT LA COMMUNAUTÉ

430. Objet de ce titre	484
431. A. Aliénation d'une part sociale propre au cours de la communauté	485
— Montant de la récompense due par la communauté	485
432. B. Dissolution et partage, pendant la communauté, de la société dans laquelle l'époux possédait une part propre. Retraite	486
433. a) L'époux reçoit une somme d'argent	486
— Montant de la récompense due par la communauté ..	486
434. Cas d'apport en industrie.....	486
435-437. b) L'époux reçoit des biens sociaux individualisés	488
— Subrogation de plein droit des biens reçus à la part sociale propre	488
438. Réserve	490
439. Application de l'article 1408 al. 1 et 2.....	491
440. Reprise de la totalité de l'actif social par l'époux associé survivant en vertu des statuts	492

TITRE IV

PREUVE DU CARACTÈRE PROPRE OU COMMUN
DES PARTS SOCIALES

441. Principaux cas dans lesquels cette preuve doit être faite..	493
<i>Reprise en nature des parts sociales</i>	
442. Principes.....	494
443. Avant la loi du 29 avril 1924	494
444. Depuis la loi du 29 avril 1924.....	495
445-447. Application	497
— <i>Parts sociales possédées au jour du mariage</i>	497
— Avant la loi du 29 avril 1924.....	497
448-454. Depuis la loi du 29 avril 1924.....	499
— Différentes hypothèses.....	500
455. <i>Parts sociales échues au cours du mariage</i>	504
— Avant la loi du 29 avril 1924.....	504

TABLE DES MATIÈRES

553

Nos		Pages
456-472.	Depuis la loi du 29 avril 1924.....	506
—	Différents modes d'acquisition à titre de propres ..	506
473.	<i>Preuve à l'égard de la société</i>	512
474.	a) Par le mari au cours de la communauté	513
475-477.	b) Par l'un ou l'autre époux ou ses héritiers après la dissolution de la communauté.....	514
	<i>Reprise en valeur des parts sociales</i>	
478.	Différents cas	517
479.	Principes.....	517
—	Avant la loi du 29 avril 1924.....	517
480.	Depuis la loi du 29 avril 1924.....	518
481-483.	Application	519
—	a) Estimation de la part sociale au contrat de mariage .	519
484-486.	b) Aliénation ou amortissement de parts sociales, partage de la société ou retraite de l'époux associé pendant la communauté	520
487.	c) Vente de droit de souscription ou distribution de réserves ou de primes pendant la communauté	522
	INDEX BIBLIOGRAPHIQUE	523

